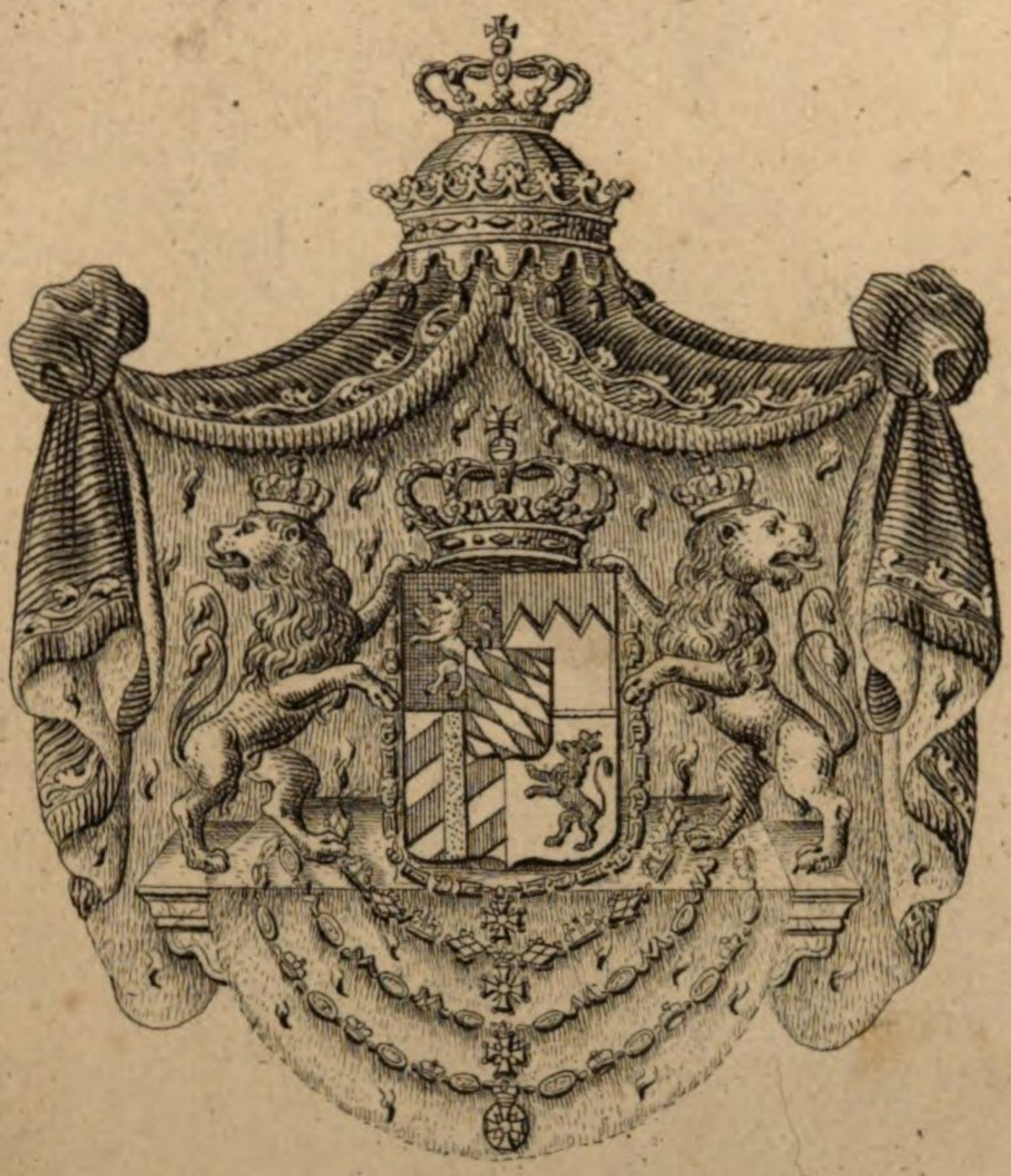
F. Prof. Bethman-Hollweg
22 la



BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

<36627455390017

<36627455390017

Bayer. Staatsbibliothek

Versuche

über einzelne Theile

der

Theorie des Civilprozesses

von

Dr. August Bethmann-Hollweg,

ordentlichem Professor der Rechte an der Königl. Universität zu Berlin.

Berlin und Stettin,

in der Nicolaischen Buchhandlung.

1827.

51. D.
1892 D)

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Friedrich Carl von Savigny,

und

Carl Ritter,

meinen theuren Lehrern und Freunden

als öffentliches Zeichen der innigsten Dankbarkeit und Zuneigung gewidmet.

Vorrede.

Da ich mich früher über die wissenschaftliche Behandlungsart des Civilprozesses und über den Plan meiner Studien in diesem Rechtstheil öffentlich erklärt habe *), so ist es zur Verhütung eines doppelten Mißverständnisses nothwendig, daß ich das Verhältniß der gegenwärtigen Versuche zu jenem Plane andeute.

Es wurde dort vorzüglich das Bedürfniß der historischen Behandlung des Civilprozesses, und insbesondre der Geschichte des Römischen Rechts seit Justinian hervorgehoben. Man könnte daher leicht in dem Folgenden Versuche über einzelne Theile dieser Geschichte erwarten, und würde sich in dieser Erwartung getäuscht sehen. Daraus könnte man dann schließen, der Verf. habe seine Ansicht über das, was dem Prozeß Noth thue, geändert. Und auch gegen diese Folgerung muß ich mich verwahren.

---

*) Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen Civilprozeß, mit einer Vorrede über die wissenschaftliche Behandlungsart desselben. Berlin 1821. zweite Ausgabe 1825.

Die folgenden Abhandlungen gehören allerdings sämmtlich weniger der Geschichte als dem Systeme an, d. h. dem Theil unserer Wissenschaft, welcher den innern Zusammenhang gleichzeitig neben einander bestehender Rechtssätze nachweist. Allein daß auch diese Seite der juristischen Methode im Civilprozeß ein fruchtbares Feld finde, ist früher nicht unbemerkt geblieben *) und die Bestrebungen des Verf. haben seitdem beide Richtungen auf gleiche Weise verfolgt.

Es war daher in der That sehr zufällig, daß ich bei dem Entschluß, etwas zum Druck auszuarbeiten, zuerst auf einige mehr dem System angehörige Materien, die mir eine neue Bearbeitung zu bedürfen schienen, geführt wurde, welchen ich dann einige andere im Ton der Behandlung verwandte Lehren hinzufügte.

Doch wünsche ich auch nicht so verstanden zu werden, als seyen die folgenden Abhandlungen mit Ausschließung alles Geschichtlichen lediglich auf das praktische Recht gerichtet. Auch das System muß ja, wenn es kein willkührlich ersonnenes seyn soll, aus den Quellen entwickelt werden, oder, wo es über deren Inhalt hinausgeht, wenigstens an den geschichtlich gegebnen Anfangspunkten anknüpfen, kann also die Geschichte nicht entbehren. Sodann habe ich mich zwar bemüht, in jeder Materie das Verhältniß derselben zu unserm heutigen Recht festzustellen, was schon deshalb nöthig ist, weil sonst leicht die mißverstandnen und übel angewandten Re-

*) a. a. O. S. XXVII. folg.

sultate von Untersuchungen über das ältere Recht Verwirrung in die Praxis bringen können; allein es sind auch solche Lehren aufgenommen worden, die für ganz verjährt zu halten sind, z. B. die in dem dritten Versuch behandelte. Denn da es bei Ausbildung und Mittheilung der Rechtstheorie, auch zu praktischen Zwecken, nicht sowohl darauf ankommt, einzelne Entscheidungen zu gewinnen, die dem Gedächtniß eingeprägt und in vorkommenden Fällen mechanisch angewandt werden können, als vielmehr die juristische Methode in Entwicklung und Anwendung allgemeiner Rechtsprincipien, die eigentlich juristische Technik, an Beispielen zu zeigen und mitzutheilen, so ist es in dieser Beziehung gleichgültig, welchen historischen Standpunkt wir bei der Darstellung einer Lehre nehmen, wenn sie nur dazu geeignet ist, jenen organischen Zusammenhang des Einzelnen mit dem Ganzen klar zu machen.

Insofern ich es mit unserm heutigen Recht zu thun hatte, war es mehr mein Bestreben, Institute, welche durch Gesetz oder verjährte Uebung fest begründet sind, in ihrem wahren Zusammenhange und in ihrem rechten Lichte darzustellen, als sie durch neue noch so scheinbare Ansichten zu erschüttern, oder überhaupt neue praktische Sätze zu gewinnen. Denn es ist offenbar bei dem neuen Leben, welches in den letzten Jahrzehnten in der Jurisprudenz erwacht ist, durch ein Streben der letztern Art auch in die Praxis des gemeinen Rechts ein Schwanken gekommen, dem entgegen zu arbeiten bereits gewichtige Stimmen für ein dringendes Bedürfniß erklärt haben. Durch Rückkehr zur blin-

den Autorität kann dieß freilich nicht geschehen. Die Resultate früherer Erfahrung sollen nur nicht blind verworfen werden, auch wo sie in geschmackloser und unwissenschaftlicher Form uns entgegentreten. Wir müssen sie prüfen, auf innere oder historische Gründe zurückführen, und so das todt Ueberlieferte zu einem bewußten wissenschaftlichen Besitzthume beleben.

Zur Mittheilung eigentlich historischer Untersuchungen über den Prozeß, wozu Manches vorbereitet ist, wird sich vielleicht künftig Gelegenheit finden, und ich gestehe, daß ich mich dieser Aussicht nach Beendigung der gegenwärtigen Arbeit doppelt freue. Denn ich habe hier beim Rechnen mit juristischen Begriffen wieder recht lebendig gefühlt, wie nahe uns Juristen das e vinculis sermocinari liegt, wovor uns nur die Anschauung des Lebens, gehöre es der Vergangenheit oder der Gegenwart an, zu bewahren vermag.

Berlin, im August 1827.

Inhalt.

I. Ueber den Gerichtsstand des Contracts und der belegenen Sache . . . . . S. 1.

II. Ueber die Legitimation zur Sache . . . . 78.

III. Ueber Repräsentation im Prozeß . . . . 138.

IV. Ueber das gerichtliche und außergerichtliche Geständniß . . . . . 250.

V. Ueber die Beweislast . . . . . 319.

I.

Ueber den Gerichtsstand des Contracts und der belegenen Sache.

Ueber die Lehre von dem Gerichtsstande ist schon so Viel geschrieben worden, daß es kaum möglich scheint, darüber etwas Neues und Fruchtbares zu sagen. Indessen dürfte selbst für das Verständniß der Quellen des Römischen Rechts, welches hier die allgemeine Grundlage unsres heutigen Rechts bildet, und womit sich die frühern Bearbeiter am meisten beschäftigt haben, noch Manches zu thun seyn, zumal da auch neu entdeckte Quellen mit den früher bekannten zu vergleichen und zu verarbeiten sind. Ganz vorzüglich aber scheint es mir Bedürfniß, diese Materie in einem größern historischen Zusammenhange zu betrachten, während man die Grundsätze des Römischen Rechts auch hier als ratio scripta zu behandeln pflegt, d. h. als ein Recht, welches gar keine Geschichte hat. Und doch haben sie sicher mit dem übrigen Gerichtswesen der Römer und der Verfassung des Römischen Reichs in naher Verbindung gestanden. In Deutschland hingegen müssen früher ganz andre Grundsätze gegolten haben; und erst nachdem die ältere Gerichtsver-

fassung aufgelöst und vieles vorbereitet war, konnte das Römische Recht recipirt werden [1]).

Es ist nicht meine Absicht, die ganze Lehre auf diese Weise hier abzuhandeln. Nur einige Beiträge zur Geschichte und Theorie zweier Gerichtsstände, des forum contractus und rei sitae, sollen gegeben werden, wobei ich überwiegend auf das Römische und unser heutiges Recht Rücksicht nehme. Als Einleitung müssen aber die allgemeinen Grundsätze des Römischen Rechts über den Gerichtsstand kurz angedeutet werden.

Eine vollständig entwickelte Theorie finden wir erst in den Rechtsquellen der classischen Zeit, und daraus entlehnt in den spätern Rechtssammlungen [2]), während die ältern Quellen darüber schweigen, was sich zum Theil aus der Dürftigkeit der Nachrichten über die ältere Gerichtsverfassung überhaupt erklärt, außerdem aber auch andre Gründe haben mag, auf die ich unten zurückkommen werde.

In der Zeit der classischen Juristen bestanden in dem Römischen Reich, wenn wir nur auf die untern Instanzen sehen, hauptsächlich folgende richterliche Behörden. In Rom hatten die ordentliche Civiljurisdiction die beiden Prätoren; in Italien die Municipalmagistrate, und seit Hadrian und Marc Aurel über diesen in höherer Instanz die

---

1) Eine zusammenhängende Darstellung der ältern deutschen Grundsätze über den Gerichtsstand und ihrer Umwandlung bis ins sechszehnte Jahrhundert, wo der neuere Rechtszustand entschieden ist, habe ich auch bei germanistischen Schriftstellern nicht gefunden.

2) Cod. Theod. 2, 1. de jurisdictione et ubi quis conveniri debeat. Dig. 5, 1. de judiciis et ubi quisque agere et conveniri debeat. Cod. 3, 13. de jurisdictione et foro competente. 14 — 26.

vier Juridici. In den Provinzen übten die volle Gerichtbarkeit die Statthalter des Römischen Volkes oder des Kaisers, und nur in einigen Landschaften oder Städten, vermöge besondern Privilegs, unter jenen als erste Instanz, örtliche Obrigkeiten eine beschränktere Jurisdiction. Erst zu Justinians Zeit wurde diese Einrichtung allgemein, indem in den Provinzialstädten ohne Magistrate die Defensoren Gerichtbarkeit erhielten; so daß also jetzt in den Provinzen wie in Italien städtische Obrigkeiten die Untergerichte, oder die erste Instanz für geringere Sachen bildeten; für größere Sachen aber die erste Instanz bei den Provinzialstatthaltern war [3]).

Schon aus dem so eben Gesagten ergiebt sich für das Verhältniß dieser verschiedenen richterlichen Beamten, und den Umfang ihrer Gewalt, Folgendes:

1) Ihre Amtsgewalt ist geographisch auf einen bestimmten Jurisdictionsbezirk beschränkt, innerhalb dessen sie allein Gerichtbarkeit haben und richterliche Handlungen gültig vornehmen können. So der Statthalter nur innerhalb seiner Provinz [4]), die Municipalmagistrate nur innerhalb des Territoriums ihrer Stadt [5]).

---

3) Der Beweis und die weitere Ausführung hiervon gehört nicht hierher. Vgl. Savigny Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter Bd. 1. Kap. 2.

4) L. 1. L. 2 pr. L. 4. §. 6. L. 5. D. de off. Procons. L. 3. D. de off. Praes. Ich sehe hier von Handlungen der freiwilligen Gerichtbarkeit ab, und übergehe auch den Unterschied zwischen dem Proconsul und Präses als nicht zur Sache gehörig. Vergl. Cujac. Obss. XX. 37.

5) L. 239. §. 8. D. de verb. sign. (Paul.) Territorium est universitas agrorum intra fines cujusque civitatis: quod ab eo

2) Ihre Gerichtbarkeit in Civilsachen (jurisdictio) ist entweder die höhere, die einen Theil des Imperium, d. i. der vollen Amtsgewalt der magistratus majores populi Romani bildet, oder die niedere (jurisdictio im engern Sinne), die auch der minor magistratus ohne Imperium, also auch der Municipalmagistrat haben kann [6]). Welche Amtshandlungen der höhern und niedern Gerichtbarkeit angehören, war von alter Zeit her theils um ihrer Form [7]), theils um ihres Inhalts willen [8]) bestimmt. Ein Magistrat nun, der nur Jurisdictio hatte, war zu den Handlungen des Imperiums schlechthin unfähig. Mit diesem Gegensatz von Imperium und Jurisdictio ist jedoch die Beschränkung der Municipalgerichtbarkeit auf Sachen

---

dictum quidam ajunt, quod Magistratus ejus loci intra eos fines terrendi, id est summovendi jus habet. Siculus Flaccus de condit. agr. ed. Göes. p. 1. Regiones autem dicimus, intra quarum fines singularum coloniarum, aut municipiorum magistratibus jus dicendi coercendique est libera potestas. L. 20. D. de jurisdict. (Paul.) Extra territorium jus dicenti, impune non paretur. Idem est et si supra jurisdictionem suam velit jus dicere. L. 53. C. de decurionibus (10, 31.) (Hon. et Arcad.) scheint selbst eine Strafe auf Ueberschreitung des Territoriums zu setzen.

6) Auch dieß weiter auszuführen ist hier nicht der Ort.

7) Um der Form willen gehören die legis actiones vor majores magistratus mit Imperium.

8) Missio in possessionem, in integrum restitutio, Auferlegung von Cautionen sind Handlungen des Imperiums, oder der höhern Jurisdiction, weil dabei der Magistrat willkührlich befehlend einschreitet; während die judicis datio, wodurch nur Entscheidung eines Rechtsstreites eingeleitet, der gegenwärtige Rechtszustand geschützt werden soll, der jurisdictio in specie angehört. L. 4. D. de jurisdict. L. 26 pr. §. 1. D. ad municipal.

eines gewissen Werths nicht in Verbindung zu setzen. Diese beruhte auf einer willkührlichen Vorschrift der spätern Zeit, und wurde, wie sich unten zeigen wird, nicht für so unbedingt nothwendig gehalten.

Dieß waren die Bedingungen der Gerichtbarkeit selbst. Für den Gerichtsstand in Civilprozessen war die allgemeinste Regel die, daß der Kläger den Beklagten bei seiner ordentlichen Orts- oder Provinzialobrigkeit belangen müsse, die in jeder Beziehung obrigkeitliche Gewalt über ihn hat, von welcher daher allein auch der Gerichtszwang gegen ihn ausgehen kann. Dieß ist der Sinn des Grundsatzes: actor rei forum sequi debet [9]). Was bestimmt nun aber die Subjection unter eine solche Obrigkeit? Bei den Stadtobrigkeiten, daß man zur Stadtgemeinde gehöre, und dieß ist auf doppelte Weise möglich: als Bürger (civis) oder als Beisasse (incola). Bürger wird man hauptsächlich durch Geburt (origo); außerdem durch Adoption, Manumission und Wahl. Beisasse, durch den bleibenden Wohnsitz in der Stadt (domicilium) [10]). Der Gerichtbarkeit der Municipalmagistrate ist man daher auch entweder als Bürger oder als Beisasse

---

9) Fragm. Vat. §. 325. 326. L. 4. C. Th. de jurisdict. L. 2. L. 5. C. Just. eod. L. 3. C. ubi in rem actio (3, 19.).

10) L. 7. C. de incolis (10, 39.). Diocl. et Max. Cives quidem origo, manumissio, allectio vel adoptio: incolas vero (sicut et D. Hadrianus edicto suo manifestissime declaravit) domicilium facit. cf. L. 1 pr. L. 5. L. 20. D. ad municipal. L. 239. §. 2. D. de verb. sign. Agg. Urb. de contr. agr. ed. Goës. p. 71. Das Detail, welches nicht hierher gehört, s. in Dig. 50, 1. ad municipalem Cod. 10, 38. de municipibus et originariis. 39. de incolis.

unterworfen, ja dieselbe Person hatte, wenn sie ihren Wohnsitz außer ihrer Heimath aufschlug, einen doppelten Gerichtsstand, oder wie wir es jetzt bezeichnen, es galt nebeneinander das forum originis und das forum domicilii [11]).

Desgleichen hat auch der Provinzialstatthalter sein Imperium und seine Jurisdiction nur über Leute seiner Provinz [12]). Einer Provinz gehört man unmittelbar nur durch den Wohnsitz an [13]), weil die Unterthanen Einer Statthalterschaft eben nur durch das faktische Zusammenwohnen und nicht durch ein engeres rechtliches Band verbunden sind, welches auch nach verändertem Domicil noch fortdauern könnte. Daher bei diesen höhern Gerichten zwar das forum domicilii vorkommt [14]), nicht aber das fo-

---

11) L. 29. D. ad municip. (Gaj. ad edict. prov.) Incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis apud quos civis est: nec tantum municipali jurisdictioni in utroque municipio subjectus est, verum etiam omnibus muneribus publicis fungi debet.

12) L. 3. D. de off. Praes. (Paul.) Praeses provinciae in suae provinciae homines tantum imperium habet. cf. L. 2. C. de interdictis (8, 1.). Imperium sagt Paulus, mit Beziehung auf die zwingende Gewalt des Richters. Denn zufolge freiwilliger Unterwerfung hatte der Präses Gerichtbarkeit auch über Fremde.

13) L. 190. D. de verb. sign. (Ulp.) Provinciales eos accipere debemus, qui in provincia domicilium habent, non eos, qui ex provincia oriundi sunt. L. 1. §. 2. D. de tut. et cur. datis (Ulp.). Quod autem permittitur Praesidi provinciae tutorem dare, eis (oder eos) tantum permittitur, qui sunt ejusdem provinciae, vel ibidem domicilium habent. Ich nehme vel für id est.

14) Fragm. Vat. §. 326. L. 29. §. 4. D. de inoff. test. L. 2. C. ubi et apud quem.

rum originis [15]). Doch war ohne Zweifel, wenn in erster Instanz die Sache im forum originis verhandelt war, die Appellationsinstanz vor dem Präses derselben Provinz [16]).

Ganz eigenthümlich war in der republikanischen Zeit das Verhältniß der Magistratus urbani gewesen. Als Vorsteher der eigentlich herrschenden Volksgemeinde waren sie Häupter der gesammten Republik, und übten ihre Gewalt in dem Mittelpunkt des Reichs [17]) über alle Glieder und Unterthanen des souveränen Volks. Daher hatten die Römischen Bürger der Municipien, wie eine doppelte Heimath [18]), so einen doppelten Gerichtsstand, in ihrem Municipium vor den Municipalmagistraten, und in Rom vor dem Prätor urbanus. Die Provinzialen desgleichen, vor ihrem Statthalter, und vor dem Prätor peregrinus in Rom.

Mit dem Untergang der Republik konnte dieß Verhältniß als wesentliches nicht mehr fortbestehen. Die Rö-

---

15) Es ist mir keine Stelle bekannt, worin es vorkäme. Dann spricht dafür der innere Zusammenhang, und die in Note 13. citirten Stellen.

16) Hierfür liegt ein Argument im L. 37 pr. D. ad municip.

17) Der Sprengel des Prätors, innerhalb dessen er Jurisdictionshandlungen vornehmen konnte, erstreckte sich wahrscheinlich über ganz Italien. Vgl. Gellius Noct. Att. XX. 10. Wie sich dieß aber mit der damals noch ungeschmälerten Gerichtbarkeit der Municipalmagistrate vertrug, wissen wir nicht. Vgl. auch die Lex de Gallia cisalp.

18) D. h. sie standen in einer doppelten Gemeindeverbindung: mit dem populus Romanus, als dessen eigentlicher Sitz Rom betrachtet wurde, und mit ihrer Ortsgemeinde. Die Hauptstelle ist Cic. de leg. II. 2.

mische Volksgemeinde (populus Romanus) löste sich auf, die Civität wurde ein privilegirter Stand, Rom ein besonders begünstigtes Municipium, und die Magistratus urbani, insbesondere die Prätoren, gewissermaßen Municipalbeamte, nur daß sie den Rang der Magistratus majores behielten, und über Rom und einen gewissen dazu gehörigen District (urbica dioecesis) [19], wozu auch Italische Städte gehörten [20], die höhere Jurisdiction übten, wie die Juridici im übrigen Italien, und die Statthalter in den Provinzen.

Allein wie so manches Stück der ältern Verfassung unter den Kaisern, wenigstens der Form nach, fortdauerte, so erhielt sich als staatsrechtliche Fiction auch der Grundsatz, daß Rom die Heimath aller cives Romani sey [21], und als eine Folge von mehr praktischer Bedeutung die Jurisdiction der Magistratus urbani über alle Einwohner

---

19) Vgl. Fragm. Vat. §. 204. 232. Hier werden unterschieden: urbica dyocesis, als Jurisdictionsbezirk des Prätors, regiones, quae sunt sub juridicis und provinciae. Ob die urbica dioecesis, die regiones suburbicariae, und der centesimus lapis (der Jurisdictionsbezirk des Praefectus urbi nach L. 1. §. 4. D. de off. Pr. urbi und Coll. XIV. 3.) dasselbe waren, wie Jacob. Gothofred. ad L. 2. C. Th. de in integr. rest. (2, 16.) und Salmasius ad Treb. Poll. de XXX. tyr. c. 24. annehmen, lasse ich dahin gestellt. Ihr Hauptargument aus L. 23. §. 2. 3. D. de excusat. fällt nun weg, nach Fragm. Vat. §. 147.

20) Die Municipalmagistrate in diesen waren dem Prätor untergeordnet L. 1. L. 4. §. 3. 4. D. de damno infecto.

21) L. 33. D. ad municip. (Modestin) Roma communis nostra patria est. Damals hatten schon alle Einwohner des Römischen Reichs durch Caracalla die Civität erhalten. Vgl. L. 19 pr. D. de interd. et rel. L. 6. §. 11. D. de excusat.

des Römischen Reichs [22]), die freilich nur dann zur Ausübung kommen konnte, wenn der Beklagte in Rom angetroffen wurde, oder daselbst Vermögen besaß. Denn nur unter dieser Voraussetzung war die Einleitung des Prozesses hier durch in jus vocatio oder missio in possessionem möglich. Den Beklagten hingegen durch eine richterliche Ladung oder durch ein Vadimonium zur Reise nach Rom zu nöthigen, wäre höchst unbillig gewesen. Nur gewisse Personen, besonders solche, die in öffentlichen Geschäften nach Rom gekommen waren, hatten das jus revocandi domum, d. h. das Privileg, nur in ihrer Heimath zu Recht zu stehen. Doch waren hiervon wieder solche Verbindlichkeiten ausgenommen, die sie während ihres Geschäftsaufenthaltes zu Rom contrahirt hatten [23]).

Dieß sind die wichtigsten Regeln über den Gerichtsstand, die wir in folgenden Sätzen zusammenfassen können: der Beklagte soll nur in seiner Heimath belangt werden [24]); doch gilt dafür auch der Geburtsort, nachdem man anderwärts sein Domicil genommen hat; und die

---

22) Gewöhnlich beschränkt man auch dieß auf die Römischen Bürger; allein mit Unrecht. Es ist nicht zu bezweifeln, daß der Prätor peregrinus gegen alle Peregrinen, die sich zu Rom antreffen ließen, Klagen annahm.

23) L. 28. §. 4. D. ex quib. caus. maj. L. 2. §. 3—6. L. 8. L. 21—L. 28 pr. §. 1—4. L. 379. §. 1. D. de judiciis L. 32. §. 9. D. de receptis L. 5. §. 1. D. de pec. const. L. 3. D. de legationib. (50, 7.) Dem Legatus war es selbst verboten, sich mit andern als seinen Amtsgeschäften zu befassen. L. 8. §. 2. L. 9. L. 10 pr. L. 11. §. 1. L. 12. L. 15. D. de legation.

24) Auf dieß räumliche Verhältniß, daß der Kläger dem Beklagten dahin folgen müsse, deutet auch der Ausdruck der Regel: actor rei forum sequi debet.

Gerichte der Hauptstadt sind für jeden Einwohner des Reichs competent.

Die Beobachtung dieser Grundsätze, als der Verfassung, dem jus publicum angehörig, werden wir von einem allgemeinen Standpunkt ausgehend gewiß nicht anstehen, für unbedingt nothwendig zu erklären. Allein anders das Römische Recht. Allerdings kann der Beklagte verlangen, daß er vor seiner ordentlichen Obrigkeit belangt werde, er braucht sich nur da einzulassen, den Befehlen eines fremden Richters ist er keinen Gehorsam schuldig [25]) und wenn bei seinem Widerspruch vor einem incompetenten Richter verfahren wird, so ist der ganze Prozeß und das Urtheil nichtig [26]). Allein er kann auf dieß Recht verzichten, sich vor einem fremden, an sich incompetenten Richter einlassen, und dieser wird dann, wenn er nur die erforderliche Gerichtbarkeit hat, durch die Uebereinkunft der Partheyen competent [27]). Die Neuern nennen dieß den gewillkührten Gerichtsstand, forum pactitium oder prorogatum. Offenbar wird hier ein Unterschied

---

25) L. 53, §. 3. D. de re jud. (Hermog.) Contumaces non videntur, nisi qui, cum obedire deberent, non obsequuntur, id est, qui ad jurisdictionem ejus, cui negant obsequi, pertinent.

26) L. 4. C. si a non comp. jud. (7, 48.) Grat. Val. Theod. Et in privatorum causis hujusmodi forma servatur, ne quenquam litigatorum sententia non a suo judice dicta constringat.

27) Hauptstelle ist L. 1. D. de judiciis. (Ulp.) Si se subjiciant aliqui jurisdictioni et consentiant: inter consentientes cujusvis judicis, qui tribunali praeest, vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio. L. 1. C. de jurisdict. (Antonin.)

gemacht zwischen den Bedingungen der Jurisdiction selbst, und der Competenz, welcher auch schon oben berührt wurde. Jene gehören dem jus publicum an, worüber Privatpersonen nicht pacisciren können. Sie können die Jurisdiction selbst Niemanden geben, dieß kann nur das römische Volk oder der Kaiser [28]); auch nicht die höhere Jurisdiction, Imperium, demjenigen, der nur die niedere hat [29]), und die Handlung eines Magistrats außerhalb seines Jurisdictionsbezirks wird durch den Willen der Partheyen nicht gültig. Anders mit den Regeln über die Competenz. Diese können durch Willkühr der Partheyen abgeändert werden. Erforderniß ist nur: freie Einwilligung [30]), sich vor einem incompetenten Richter einzulassen, in dem Prozeß selbst,

---

28) L. 3. C. eod. (Diod. et Max.) Privatorum consensus judicem non facit eum, qui nulli praeest judicio, nec quod is statuit rei judicatae continet auctoritatem. Nur zum Schiedsrichter kann die Uebereinkunft der Partheien einen Privatus machen, dessen Urtheil aber nicht, wie die res judicata, eine Obligation erzeugt, sondern nur durch das Compromiß, die poenae stipulatio, Kraft erhält.

29) Anders war es mit der Beschränkung der Municipalgerichtbarkeit auf Sachen eines gewissen Werths nach L. 28. D. ad municip. (Paul.) Inter convenientes et de re majori apud magistratus municipales agetur. Der Umfang des Imperiums war durch altrömische staatsrechtliche Volksansicht bestimmt, und deshalb unabänderlich. Diese Beschränkung aber beruhte auf neuerer Gesetzgebung, und es war kein Grund vorhanden, ihr gleiche Nothwendigkeit zu geben. Für unser heutiges Recht kann aus diesen Bestimmungen unmittelbar eine Regel nicht entnommen werden.

30) L. 2. pr. D. de judic. L. 15. D. de jurisdict. Der Richter brauchte nicht einzuwilligen. L. 2. §. 1. D. de judic. Doch hing es sicher von seiner Willkühr ab, die Sache anzunehmen oder nicht.

oder in einem besondern Vertrag, ausdrücklich oder stillschweigend erklärt [31]).

Daß dieß etwas eigenthümlich Römisches sey, ergiebt sich aus der Vergleichung mit der Deutschen Gerichtsverfassung. Ob in der ältesten Zeit freiwillige Prorogation auf fremde Gerichte gegolten, geht aus den Quellen nicht klar hervor [32]). Später wurde sie dadurch fast ganz ausgeschlossen, daß die kleineren Obrigkeiten jeden Eingriff in die Ausübung ihrer eigenthümlichen Gerichtbarkeit, insbesondre durch die concurrirenden kaiserlichen Gerichte, abzuwenden und indem sie das Band zu ihren Gerichtsunterthanen fester anzogen, die Gerichtbarkeit in eine Landeshoheit zu verwandeln strebten. Daher wollen die ältern Schriftsteller die Prorogation nur mit Bewilligung des ordentlichen Gerichtsherrn zulassen [33]) und deshalb ist die Gültigkeit des Römischen Rechts noch unter spätern Schriftstellern bestritten [34]). Die Neuern nehmen sie unbedenk-

---

31) Ein selbständiger hierauf gerichteter Vertrag war gewiß nur als Stipulation bindend, stipulatio judicio sisti, vadimonium. Als Nebenverabredung eines andern Vertrags auch wohl ohne alle Form. Wenigstens verfügt dieß Justinian, während es früher nicht ganz unbestritten gewesen zu seyn scheint. L. 29. C. de pactis. Die L. 18. D. de jurisdict. beziehe ich mit andern Interpreten auf den Fall des beiderseitigen Rücktritts.

32) Sächs. Landr. III. 25. Gebauer Ex. de jurisdict. II. 7. p. 483 sqq. Pufendorf de jurisd. germ. p. 110 sqq. Heineccii Elem. juris germ. II. 3, 2. §. 75. Die Nürnb. Reform. I. 1, 2. hat offenbar schon aus dem Römischen Recht geschöpft.

33) Gaill Obss. I. 40. Hiltropii process. I. 3. n. 20. Matthaeus de judiciis Disp. 17. n. 7. und die daselbst angeführten Schriftsteller.

34) Vgl. Glücks Pand. Comm. Th. III. 1. S. 245 folg.

lich an [35]). Dem Geiste unsrer modernen Verfassungen scheint es eigentlich angemessener, daß jeder landesherrlichen Behörde, und so auch den Gerichten, ein bestimmter Geschäftskreis angewiesen, und eine Abweichung davon nicht begünstigt werde. Dieser Gesichtspunkt hat offenbar den Verfassern der allgemeinen Gerichtsordnung vorgeschwebt [36]), und es liegt hierin wieder eine merkwürdige Aehnlichkeit unsres modernen Staatswesens, mit der Hierarchie, worin gleichfalls jede Abweichung von den allgemeinen Regeln über Competenz ausgeschlossen war [37]).

Bei den Römern war es ohne Zweifel ein Ueberbleibsel jener ältern Grundansicht der römischen Verfassung, nach welcher bei den Magistraturen die auf der Person ruhende Amtsgewalt (potestas) und Würde (honor) die Hauptsache, die Anweisung auf einen bestimmten Geschäftskreis (provincia) verhältnißmäßig von untergeordneter Bedeutung war. Daher auch das Verhältniß der verschiedenen Magistraturen zu einander mehr nach der höhern und niedern potestas [38]) als nach Geschäftszweigen bestimmt wurde, und zu Geschäften derselben Art verschiedene Behörden wenigstens dem Recht nach concurrirten [39]), ja die Eingriffe in die Amtsthätigkeit eines andern gleichen oder niederen Magistrats in den Intercessionen förmlich organisirt waren. Dieses Princip war natürlich der Aus-

---

35) Martin bürg. Proz. §. 58.

36) Allg. Gerichtsord. I. 2. §. 161 folg.

37) c. 1. 2. 18. X. de foro comp.

38) Magistratus majores mit Imperium und höhern Auspicien, minores ohne diese Rechte.

39) Vgl. Dirksen civilist. Abhandl. S. 150 folg.

bildung strenger Grundsätze über die Competenz nicht günstig, und so ist es mir, bei dem Stillschweigen der ältern Quellen über eine so wichtige Materie, höchst wahrscheinlich, daß in der Zeit der Republik die Grundsätze über den Gerichtsstand noch sehr unentwickelt waren [40]). Es ist möglich, daß, wie es später noch bei den Handlungen der freiwilligen Gerichtbarkeit war, auch in Civilprozessen jeder Magistrat mit voller Civiljurisdiction (und ein solcher war damals noch in jeder Italischen Stadt [41])) für competent galt [42]). Doch mag, wenn der Kläger den Beklagten in einem fremden Forum in jus vocirte, und dieser in seiner Heimath zu Recht zu stehen sich bereit erklärte, der Magistrat dieß nach Umständen berücksichtigt und ihn nur zu einem auf seine Heimath gerichteten Vadimonium gezwungen haben, woraus sich dann später der Grundsatz: actor rei forum sequi debet, bildete. In der Regel wurde wohl der Ort der Verhandlung durch ein freiwilliges Vadimonium bestimmt, welches in jener Zeit

---

40) Hugo (Rechtsgesch. 9te Ausg. S. 569.) überträgt die Grundsätze der spätern classischen Zeit auf diese Periode. Der erste Anfang dazu mag allerdings schon in diese Zeit fallen.

41) Savigny a. a. O. S. 35 folg.

42) Ist es nicht auffallend, daß die Lex de Gallia cisalpina bei der Anordnung des Verfahrens in verschiedenen Rechtssachen, niemals die Competenz des Magistrats in Beziehung auf den Beklagten fordert? So heißt es cap. 21. A quocunque pecunia certa credita — in eorum quo oppido — quae sunt in Gallia cisalpina petitur — si is eam pecuniam in jure apud eum, qui ibi juri dicundo praeerit — debere se confessus erit etc. Ebenso in cap. 22. Scheint es nicht hiernach, als hätte jeder überall, wo er angetroffen wurde, und wo ein Richter war, belangt werden können?

so häufig vorkommt. In den Provinzen hatten örtliche Obrigkeiten nur ausnahmsweise Gerichtbarkeit, und dann waren ihre Verhältnisse eigenthümlich bestimmt [43]). Der Jurisdiction der Provinzialstatthalter mußten schon früher schärfere Grenzen gezogen werden [44]) und unter den Kaisern wurden wahrscheinlich auch die Verhältnisse der richterlichen Behörden in Italien genauer bestimmt. Merkwürdig ist es, daß die Lex Julia judiciorum [45]) als Quelle des gewillkührten Gerichtsstandes genannt wird. Vielleicht wurde gerade durch sie die Competenz der Italischen und städtischen Magistrate neu und fester geordnet, vielleicht hier die Regel, daß der Kläger dem Beklagten in seinen Gerichtsstand folgen müsse, zuerst zu einem strengen Rechtsgrundsatz erhoben, dabei aber die ältere Freiheit in der Wahl des Gerichts dem Beklagten ausdrücklich vorbehalten [46]).

---

43) Ueber Sicilien z. B. vgl. Cic. in Verr. II. 2. c. 13. und lib. 3. c. 15., wo sich übrigens auch noch keine Spur von den spätern Grundsätzen findet.

44) Hier war auch jeder Eingriff eines fremden Magistrats durch Intercession ausgeschlossen, indem der Statthalter in seiner Provinz ein höheres Imperium hatte, als jeder andere; später nur mit Ausnahme des Kaisers. L. 8. D. de off. Procons. L. 4. D. de off. Praes.

45) Ohne Zweifel die lex privatorum von August.

46) Darauf scheint auch die Fassung der erhaltnen Gesetzesworte zu deuten. L. 2. § 1. D. de judiciis (Ulp.) Lex Julia judiciorum ait: *Quo minus inter privatos conveniat.* Der Schluß dieses Satzes war vermuthlich: hac lege nihil rogato, und diese Negative läßt auf eine allgemeine positive Verfügung schließen.

Nachdem die allgemeinen Grundsätze des Römischen Rechts über den Gerichtsstand als Einleitung vorausgeschickt worden, gehe ich nun zuerst auf den Gerichtsstand des Contracts über.

Das Römische Recht hat bei persönlichen Klagen den Grundsatz, daß der Schuldner nicht nur in seiner Heimath, sondern auch bei den Gerichten des Orts belangt werden könne, wo er die Schuld contrahirt hat [47]). Die meisten Schriftsteller begnügen sich damit, diesen Satz als eine in den Gesetzen gegebene Rechtsregel auf alle Fälle, die darunter begriffen seyn können, anzuwenden. Andre haben sich nach einem innern Grunde umgesehen, und diesen darin zu finden geglaubt, daß jede Obligation ihrer Natur nach, und der präsumtiven Absicht der Contrahenten gemäß da erfüllt werden müsse, wo sie entstanden ist [48]). Diese Ansicht gewinnt dadurch einigen Schein, daß allerdings, wenn ein anderer Erfüllungsort verabredet ist, an diesem, und nicht wo die Obligation contrahirt wurde, das forum contractus angenommen wird [49]). Dessenungeachtet halte ich sie für entschieden unrichtig.

Zu-

---

47) L. 1. 2. 3. D. de reb. auct. jud. poss. Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet, id est, ubi domicilium habet, aut ubi quisque contraxerit.

48) Unter den ältern Schriftstellern hat diese Ansicht Donellus Comm. jur. civ. XVII. 14. Unter den Neuern Grolmann Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 39. und Linde im Archiv für civil. Praxis B. VII. Abh. 2. und in seinem Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses §. 63. Auch Hofacker Princip. jur. civ. §. 4234. Danz Grundsätze des gem. ord. bürg. Prozesses §. 31. und Andre neigen zu dieser Ansicht, indem sie den Fall eines ausdrücklich bestimmten Erfüllungsorts als Regel voranstellen.

49) Die in Note 40. citirte L. 3. fährt so fort: Contraxisse

Zuvörderst muß daran erinnert werden, was die Neuern auch in der Benutzung der Quellen häufig übersehen, daß der Erfüllungsort und der Gerichtsstand verschiedene Dinge sind [50]). Jener gehört zum Inhalt der Obligation, des Rechtsverhältnisses selbst, dieser bezieht sich auf die gerichtliche Verhandlung, den Prozeß, daher sie auch nach ganz verschiedenen Regeln beurtheilt werden. Indeß ist anzuerkennen, daß die Grundsätze über den Erfüllungsort und den Gerichtsstand in nothwendiger Wechselwirkung stehen. Denn wo der Gläubiger mit der Klage auftritt, da fordert er, wenigstens in der Regel, auch die Erfüllung. Hieraus ergeben sich folgende allgemeine Sätze.

Ist der Erfüllungsort durch Verabredung der Partheyen bestimmt, so gehört er zu dem besondern Inhalt der Obligation, wovon ohne Rechtsverletzung nicht abgewichen werden kann. Der Schuldner kann nur da die Erfüllung anbieten [51]), der Gläubiger nur da sie fordern [52]), muß also, wie es zunächst scheint, auch da klagen. Denn die Klage ist ja nichts anders als gerichtliche Forderung der Leistung. Denken ließe sich freilich auch

---

autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia. Dasselbe sagt Julian in L. 21. D. de obl. et act.

50) Die Quellen haben dafür ganz verschiedene Ausdrücke. Ubi defendi, conveniri, judicium pati, suscipere debet reus bezeichnet den Gerichtsstand. Ubi solvi, praestari debet oder potest, den Erfüllungsort. Petere, exigere kann sowohl auf das Eine, als das Andre gehen.

51) L. 9. D. de eo quod certo loco. L. 122. pr. D. de verb. obl.

52) §. 33. Inst. de act.

die gerichtliche Verhandlung der Sache an einem andern Orte, wenn dann nur die Leistung und die Beitreibung derselben durch Execution am Erfüllungsorte erfolgte. Oder noch weniger Schwierigkeit hat dieß, wenn die Klage nicht auf das ursprüngliche Object der Obligation, sondern auf das Interesse gerichtet wird; dieses muß dann nur mit Rücksicht auf den Erfüllungsort bestimmt werden [53]). Allein dieß ist doch schon ein künstlicherer Weg, der einfachere bleibt, daß an dem Erfüllungsorte selbst auch geklagt werde, daher es denn sehr natürlich ist, hier einen eignen Gerichtsstand anzunehmen.

Ist hingegen der Erfüllungsort unbestimmt geblieben, es ist nichts darüber verabredet, oder es ist vielleicht eine obligatio ex maleficio, bei welcher eine solche Bestimmung nicht einmal denkbar ist, so kann ich keinen innern Grund absehen, weshalb die Obligation da erfüllt werden müsse, wo sie entstanden ist [54]), und nicht zugeben, daß dieß als die Absicht der Partheyen zu präsumiren sey. Vielmehr wird der Natur der Sache gemäß, da der Inhalt der Obligation in Rücksicht des Ortes unbestimmt geblieben ist, die Erfüllung vom Schuldner überall angeboten, vom Gläubiger überall gefordert werden können. Und dieß ist auch die Regel des Römischen Rechts [55]).

---

53) L. 22. D. de reb. cred. L. 4. D. de condict. trit.

54) Die Regel der L. 35. D. de reg. juris, Nihil tam naturale est, quam eo genere quidquam dissolvere, quo colligatum est, worauf sich Donellus beruft, wird wohl Niemand für einen solchen innern Grund gelten lassen.

55) Daß die Leistung überall gefordert werden könne, sagt für stricti juris obligationes L. 137. §. 4. D. de verb. obl. Auch

Nur bei actiones bonae fidei und arbitrariae auf Verschaffung einer speciellen Sache genießt der Schuldner die Begünstigung, sie nur da prästiren zu müssen, wo sie sich ohne seinen Dolus befindet. Bei fungiblen Sachen kommt wieder die Regel zur Anwendung [56]). Hieraus ergiebt sich nun, daß in diesem Falle der Gerichtsstand nicht nach dem Erfüllungsorte, als welcher ganz unbestimmt ist, sich richten könne, vielmehr muß umgekehrt am Ort der Klage erfüllt [57]) und das Interesse nach diesem geschätzt werden [58]). Der Ort der Klage ist aber nicht nur im forum contractus, sondern auch im forum domicilii [59]) und in jedem andern nach prozessualischen Grundsätzen zulässigen Gerichtsstande. Nach jener Ansicht müßte das forum contractus ein ausschließendes seyn, oder doch, wenn anderwärts geklagt würde, das Interesse nach dem Ort des Vertrags, als dem eigentlichen Erfüllungsorte, bestimmt werden.

Die von jenen Schriftstellern versuchte Erklärung des forum contractus ist also unrichtig, und wir müssen uns nach einer andern umsehen, wenn überhaupt dieser Lehre innerer Zusammenhang und dadurch größere Bestimmtheit

---

folgt es aus L. 22. D. de reb. cred. L. 4. D. de cond. trit. Das Anerbieten der Erfüllung muß nur opportuno loco geschehen, um den Gläubiger in mora accipiendi zu versetzen. L. 39. D. de solut.

56) L. 12. §. 1. D. depositi. L. 11. §. 1. D. ad exhib. cf. L. 10 — 12. D. de rei vind. L. 38. D. de judiciis. L. 47. pr. §. 1. D. de legatis 1.

57) S. die in der vorigen Note angeführten Stellen.

58) L. 22. D. de reb. cred. L. 4. D. de cond. trit.

59) L. 2. C. de jurisdict. L. 1—3. D. de reb. auct. jud. poss.

gegeben werden soll. Zu diesem Ende wird es nöthig seyn, die beiden Fälle, des unbestimmten und bestimmten Erfüllungsorts, ganz von einander zu scheiden. Wir betrachten zunächst den ersten.

Es war, wie wir gesehen haben, Grundsatz der Römischen Gerichtsverfassung, daß jedermann in seiner Heimath belangt werden müsse, sich aber auch vor einem fremden Richter einlassen könne. Wenn nun ein Fremder an einem Ort Geschäfte trieb, oder aus irgend einer Veranlassung Verbindlichkeiten contrahirte, und er hätte Klagen daraus nur vor seinen heimathlichen Gerichten annehmen wollen, so würden die hier Einheimischen sich schwerlich in irgend ein Geschäftsverhältniß mit ihm eingelassen haben, dessen gerichtliche Verfolgung so umständlich und schwierig für sie seyn mußte. Es war daher dem beiderseitigen Interesse gemäß, daß der Fremde auf seinen persönlichen Gerichtsstand verzichtete, und sich in Rücksicht der hier contrahirten Verbindlichkeiten den Gerichten des Ortes unterwarf. Einer ausdrücklichen Willenserklärung bedurfte es dazu nicht, es war stillschweigende Uebereinkunft, die unter diesen Umständen mit Recht präsumirt werden konnte, wenn nicht aus den Erklärungen der Partheyen oder aus besondern Umständen eine entgegengesetzte Absicht klar war. Der Gerichtsstand des Contracts ist also in diesem Fall nichts anders, als ein forum prorogatum oder pactitium praesumtum, eine Ansicht, die mit der vorhin widerlegten darin übereinkommt, daß das forum contractus auf stillschweigender Uebereinkunft beruht. Aber darin weicht sie von jener ab, daß diese Uebereinkunft durchaus keine Ortsbestimmung für den Inhalt der Obligation, für die

Leistung, sondern nur für die gerichtliche Verhandlung enthält, nicht den locus solutionis, sondern nur das Forum anordnet, ohne dadurch andre Gerichtsstände auszuschließen. Die Richtigkeit dieser Ansicht scheint mir besonders deutlich aus L. 19. §. 2. D. de judiciis hervorzugehen. Hier sagt Ulpian, nachdem er im §. 1. von einigen andern Fällen des forum contractus gesprochen hatte:

> Proinde et si merces vendidit certo loci, vel disposuit, vel comparavit: videtur, nisi alio loci ut defenderet convenit, ibidem se defendere. Nunquid dicimus eum, qui a mercatore quid comparavit advena, vel ei vendidit, quem scit inde confestim profecturum, non oportet ibi bona possidere, sed domicilium sequi ejus? At si quis ab eo, qui tabernam vel officinam certo loci conductam habuit, in ea causa est, ut illic conveniatur? Quod magis habet rationem. Nam ubi sic venit, ut confestim discedat, quasi a viatore emptis, vel eo qui transvehebatur, vel eo qui παραπλεῖ, emit: durissimum est, quotquot locis quis navigans vel iter faciens delatus est, tot locis se defendere. At si quo constitit, non dico jure domicilii, sed tabernulam, pergulam horreum, armarium, officinam conduxit, ibique distraxit, egit: defendere se eo loci debebit.

Das allgemeine Prinzip enthalten die Worte: videtur, nisi alio loci ut defenderet convenit, ibidem se defendere, die ich so umschreiben möchte: es ist anzunehmen, daß er da zu Recht stehen wolle (ibidem se defendere für ibidem defendere se velle), es müßte denn

ausgemacht seyn, daß er sich an einem andern Ort vertheidigen solle. Diese abweichende Uebereinkunft ließe sich allerdings auch denken, wenn das forum contractus auf einer strengen Rechtsregel beruhte. Denn die Grundsätze über den Gerichtsstand unterliegen ja überhaupt der abändernden Willkühr der Partheyen. Aber wie kam der Jurist gerade hier darauf, dieser Möglichkeit zu gedenken, wenn nicht das forum contractus selbst auf einer präsumtiven Uebereinkunft beruht? Er will also sagen: Wenn jemand an einem Ort kauft und verkauft, so ist in der Regel anzunehmen, daß er sich damit den Gerichten unterworfen habe; ausnahmsweise kann die Absicht der Partheyen auch eine andre gewesen seyn. Diese Erklärung bestätigt das Folgende. Denn nun werden Beispiele gegeben, die theils unter die Regel fallen, theils die Ausnahme begründen. Ein bloß Durchreisender kann sich unmöglich an allen Orten, wo er contrahirt hat, in Prozesse einlassen. Dieß von ihm zu verlangen, würde unbillig seyn. Daher kann dieß auch nicht als seine Absicht angenommen werden; während bei längerem Aufenthalt, wenn auch nicht eigentlichem Domicilium, bleibender Einrichtung und fortgehender Geschäftsbetreibung an diesem Orte die Absicht, sich den Gerichten zu unterwerfen, präsumirt wird. Nehmen wir das Princip des forum contractus für eine strenge Rechtsregel, so beruht diese Ausnahme auf einer ganz unbestimmten Billigkeit, oder auf Willkühr. Erklären wir dagegen diese Grundsätze nur für Regeln der Willensinterpretation, worauf die ganze Behandlung der Sache in unsrer Stelle hindeutet, so hat Alles inneren Zusammenhang. Ihre vollständige Bestätigung wird diese Ansicht in

der Anwendung auf einzelne Verhältnisse erhalten, zu der ich demnächst übergehe.

Haben wir nehmlich hierin das allgemeine Princip des forum contractus gefunden, so wird sich daraus für den Umfang desselben die zwiefache Regel ergeben: 1) daß es nur bei solchen Obligationen gelten könne, bei deren Entstehung jene stillschweigende Prorogation denkbar ist; 2) daß es auch in Fällen dieser Art noch von dem wirklichen Vorhandenseyn dieser Prorogation, dieser Absicht des Schuldners, sich den Gerichten dieses Orts zu unterwerfen, abhänge, so jedoch, daß eine Präsumtion für dieselbe streitet, und daß der Dolus des Schuldners ihm nicht zu gute kommen darf, also nur die ausdrücklich erklärte, oder aus den Umständen hervorgehenden Absicht, sich nicht hier einzulassen, ihn von dieser Verbindlichkeit befreien kann.

Die natürlichste und allgemeinste Anwendung ist die auf Contractsobligationen. Doch wird selbst hier häufig aus besondern Umständen auf eine entgegengesetzte Absicht geschlossen werden können, wie wir es schon bei Erklärung der L. 19. §. 2. gesehen haben. Bei kürzerem vorübergehendem Aufenthalt wird jene Prorogation nicht angenommen; wohl bei längerem Verweilen an einem Orte, welcher nicht gerade eigentliches Domicil zu seyn braucht. Um so viel mehr aber beim wahren Domicil. Dieses beruht ja auf factum und animus [60]), nehmlich der Absicht, diesen Ort zum Mittelpunkt seines ganzen Geschäftslebens zu machen, worin denn nothwendig auch die Unterwerfung unter die Gerichte dieses Ortes liegt. Wird

---

60) L. 20. L. 27. §. 2. D. ad municip.

daher später das Domicil aufgegeben, und erlischt somit der Gerichtsstand des Wohnorts als forum generale, so bleibt doch noch das forum contractus für alle daselbst contrahirten Verbindlichkeiten übrig [61]); ja es geht die einmal übernommene Verbindlichkeit, sich vor diesen Gerichten zu stellen, als Accessorium der Obligationen selbst auf den Erben über, während das Domicil als etwas ganz Faktisches mit dem Tode des Erblassers aufhört [62]). Die einzigen Momente der Willensinterpretation sind indeß die in L. 19. §. 2. angegebnen keineswegs, wie sich aus einigen andern Beispielen ergeben wird.

Es wurde vorhin, und so auch von Ulpian in L. 19. §. 2. nur der Fall berücksichtigt, wenn ein Fremder mit Einheimischen contrahirt. Wie nun, wenn zwei Fremde, die dieselbe Heimath haben, am dritten Orte, z. B. zwei Kaufleute an dem gemeinschaftlich besuchten Meßorte contrahiren? Kann die Schuld unmittelbar durch eine einfache Leistung, z. B. eine Geldzahlung erfüllt, und diese auch sofort gefordert werden, so wird in der Regel anzunehmen seyn, daß der Schuldner für diese Sache sich den Gerichten dieses Orts unterworfen habe. Das forum contrac-

---

61) L. 2. C. de jurisdict. (Diocl. et Max.) — ubi domicilium reus habet, vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum eum conveniri oportet.

62) L. 19. pr. D. de judiciis (Ulp.). Heres absens ibi defendendus est, ubi defunctus debuit, et conveniendus, si ibi inveniatur, nulloque suo proprio privilegio excusatur. Daß diese allerdings allgemein lautenden Worte nicht auf jeden Gerichtsstand, insbesondere nicht auf das forum domicilii, sondern nur auf das forum contractus zu beziehen sind, ergiebt der Zusammenhang mit den folgenden §§. der Stelle. Vgl. Koch Diss. de foro heredis, Giess. 1765. 4.

tus wird also begründet seyn. Ist es aber ein Schuldverhältniß, welches erst später erfüllt werden soll, dem vielleicht nur in einem längern Zeitraum vollständig genügt werden kann, z. B. eine Societät, so, glaube ich, ist es anders. Die Contrahenten kehren beide in ihre Heimath zurück. Jeder Rechtsstreit unter ihnen wird dort am bequemsten verhandelt werden, wenigstens ihrer Ansicht nach zur Zeit des Contracts. Deshalb konnte es nicht ihre Absicht seyn, sich den Gerichten des Orts, wo zufällig der Vertrag geschlossen wurde, zu unterwerfen. Sollte es daher später auch für Einen von ihnen bequemer seyn, im forum contractus zu klagen, so ist dies nicht zuzulassen.

Auf demselben Zusammenhang beruht eine Entscheidung unsrer Rechtsquellen, die nach der gewöhnlichen Ansicht wieder eine willkührliche Ausnahme von der allgemeinen Rechtsregel enthält. Es heißt in L. 65. D. de judiciis (Ulp.):

Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est: nec enim id genus contractus est, ut et eum locum spectari oporteat, ubi instrumentum dotis factum est, quam eum, in cujus domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura.

Die Frau soll die Dos im Domicil des Mannes wiederfordern, nicht wo das instrumentum dotis gemacht, also der Vertrag über Rückgabe der Dos geschlossen worden ist. Und zwar deshalb, weil dieß nicht ein gewöhnlicher Contract ist, bei welchem der Ort des Abschlusses in Betracht käme; denn die Frau folgt ja dem Manne um der Ehe

willen in sein Domicil. Oder mit andern Worten: Es konnte bei Abschließung des Ehevertrags die Absicht der Partheyen nicht seyn, daß wegen Rückgabe der Dos künftig einmal am Orte des Contracts geklagt werde; da ja die Frau dem Manne in seine Heimath folgt und nicht voraussieht, ob es ihr künftig bequem seyn wird, die Herausgabe der Dos an diesem Orte zu fordern. Den Gerichten ihres gemeinschaftlichen Domicils haben sie sich damals unterworfen, daher diese nicht nur für den Mann selbst, sondern, wie unsre Stelle anzudeuten scheint [63]), auch für dessen Erben in dieser Sache competent bleiben.

Dasselbe muß um so mehr gelten, wenn kein Vertrag auf Rückgabe der Dos geschlossen ist. Zwar ist die mit dem Ende der Ehe entstehende Verbindlichkeit des Mannes, die Dos herauszugeben, eine obligatio quasi ex contractu, und daß auch bei solchen das forum contractus statt finde, werden wir gleich nachher sehen. Allein der Ort, wo die Ehe getrennt wird, ist ganz zufällig, und es ist selbst bei der Scheidung, die entfernt von der Heimath erfolgt, eine stillschweigende Prorogation von Seiten des Mannes nicht zu präsumiren. Diesem könnte zu widersprechen scheinen L. 42. D. de judiciis (Pap.):

Si uxor a legato Romae diverterit, dotis nomine defendendum Romae virum, responsum est.

Allein hier wird nicht gesagt, daß in Rom, wo die Scheidung erfolgte, das forum contractus sey. Die Magi-

---

63) Nach den Worten: Ubi maritus domicilium habuit, scheint sie vorzüglich auf den Fall zu gehen, daß nach dem Tode des Mannes die Dos von seinen Erben gefordert wird.

stratus urbani waren ja ohnedieß competent. Das Besondre in diesem Fall ist nur dieß, daß der Legatus, der sonst das jus revocandi domum hat, weil die Scheidung während seines Geschäftsaufenthaltes zu Rom erfolgt ist, unmittelbar, also auch hier, auf Herausgabe der Dos belangt werden kann. Auf das forum contractus gilt hiervon kein Schluß. Denn auch in andern Fällen wird aus ähnlichen Gründen das jus revocandi domum ausgeschlossen, wo doch weder von dem forum contractus, noch von sonst einem speciellen Gerichtsstande die Rede seyn kann.

Auf Verträge ist das forum contractus nicht beschränkt, es ist auch bei andern Obligationen möglich, jedoch nur bei solchen, bei denen sich eine stillschweigende Prorogation von Seiten des Schuldners denken läßt; dieß ist aber natürlich nur da der Fall, wo die Entstehung der Obligation von dem Schuldner gewollt wird, denn nur da kann es auch seine Absicht seyn, sich in Rücksicht dieser Sache den Gerichten dieses Orts zu unterwerfen.

Dahin gehören nach bestimmten Zeugnissen der Quellen Geschäftsführungen. Die Neuern machen daraus ein besonderes forum gestae administrationis. Allein die Quellen setzen es in unmittelbare Verbindung mit dem forum contractus bei Verträgen [64]), und

---

64) So heißt es in L. 19. §. 1. D. de judiciis unmittelbar vor den oben erklärten Worten: Si quis tutelam vel curam vel negotia vel argentariam vel quid aliud, unde obligatio oritur, certo loci administravit et si ibi domicilium non habuit: ibi se debebit defendere: et si non defendat, neque ibi domicilium habeat, bona possideri patietur. Andre Stellen sind:

es läßt sich leicht zeigen, daß es auf demselben Princip beruht. Ist nehmlich die Geschäftsführung in Folge eines Vertrags übernommen, z. B. Mandat, so ist entweder dieser Contract auch an dem Orte abgeschlossen, wo die Geschäfte besorgt werden sollten; dann ist ohnedieß das forum contractus hier begründet. War es aber eine fortlaufende Administration an einem andern Orte, so ist es natürlicherweise die Absicht der Partheyen gewesen, daß auch an jenem Orte Rechnung davon gelegt werden soll [65]). Begründet die Geschäftsführung nur eine Quasicontractsobligation, z. B. Tutel oder negotiorum gestio, so ist der Anfang der Administration selbst die Willenshandlung des Schuldners, durch welche er sich zugleich den Gerichten dieses Orts unterworfen hat [66]). In allen Fällen dieser Art wird daher das forum contractus, wenn wir es so nennen dürfen, an dem Orte seyn, wo die Geschäfte geführt wurden; eine abweichende Absicht der Partheyen wird nicht leicht vorkommen, daher in den angeführten

---

L. 36. §. 1. L. 45. pr. D. de judiciis. L. 54. §. 1. D. de procurat. L. 4. §. 5. D. de edendo. L. 1. L. 2. C. de ratiociniis (3, 21.).

65) Es ist dann der Fall, auf den L. 19. §. 2. D. de judiciis in den Worten deutet: nisi alio loci ut defenderet convenit.

66) Vgl. L. 36. §. 1. D. de judiciis. Freilich ist die Uebernahme der Administration bei der Vormundschaft nicht freiwillig. Aber dieß macht keinen Unterschied. Der Vormund ist verpflichtet, sich der Administration zu unterziehen, und dadurch sich den Gerichten dieses Ortes zu unterwerfen. Hatte er die Verwaltung gar nicht übernommen, und wurde deshalb belangt, so konnte dieß gewiß nur in seinem Domicil geschehen. Ueberdieß konnte er sich von der Verwaltung in einer andern Provinz excusiren. Die Uebernahme war also hier doch freiwillig, und ebenso die stillschweigende Prorogation.

Stellen des Römischen Rechts auf diesen Fall auch keine Rücksicht genommen ist.

Bei Obligationen aber, die ex re entstehen, insbesondere bei Delictsobligationen, ist nach dem vorhin Gesagten, das forum contractus nicht denkbar. Das forum delicti commissi, welches überdieß im ältern Recht für Civilklagen vielleicht gar nicht vorkommt, ist daher auf ein andres Fundament zurückzuführen. Man beruft sich zwar dagegen auf L. 20. D. de judiciis, wo Paulus in Beziehung auf das forum contractus [67]) sagt:

> Omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut ubicumque aliquis obligatur, et contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur [68]).

Allein es ist anerkannt, daß so allgemein lautende Aussprüche der Römischen Juristen nicht immer in ihrem ganzen Umfange zur Anwendung gebracht werden dürfen. Ueber-

---

67) Diese Beziehung geht 1) aus dem Inhalt der Stelle selbst hervor. Denn in welcher andern Beziehung ist der Ort des Vertrags von Bedeutung? 2) Aus ihrer Stellung hinter L. 19. 3) Ist sie aus Paul. lib. 58. ad edict. und hier handelte Paulus von der missio in possessionem, also auch von der Frage, wo der Beklagte sich vertheidigen, und wo die missio erfolgen müsse. Vgl. L. 1. 2. 3. D. de reb. auct. jud. poss.

68) Die meisten Schriftsteller nehmen ein allgemeines forum natae obligationis an, dessen Unterarten das forum contractus, gestae administrationis und delicti commissi seyen. So schon Azo Summa Cod. de jurisdict. n. 25. Cujac. in African. ad L. 3. D. de legat. Donellus Comm. jur. civ. l. c. Martin bürg. Proz. §. 47. Die im Text vertheidigte Erklärung nimmt auch Glück an, Pand. Com. Th. VI. 2. S. 298. und beruft sich auf Donellus, bei dem ich diese Ansicht nicht gefunden habe.

dieß wird obligatio für das obligatorische Factum vorzugsweise bei Contracten und contractsähnlichen Geschäften gebraucht, und ist hier um so mehr in diesem Sinne zu nehmen, da es einem strengen Contractsverhältniß dem Darlehn entgegen gesetzt wird. Der Sinn der Stelle ist hiernach der: Nicht bloß bei eigentlichen Verträgen, sondern auch bei andern Obligationen, d. h. obligatorischen Geschäften, gilt das forum contractus.

Zu den contractsähnlichen Obligationen rechnen mehrere Stellen [69]) auch die aus dem Erbschaftsantritt für den Erben entstehende Verbindlichkeit, die Erbschaftsschulden und Legate zu bezahlen. Die Aehnlichkeit dieser Verbindlichkeit mit der Contractsobligation liegt darin, daß in beiden Fällen es der Wille des Schuldners ist, der ihn obligirt. Also ließe sich auch hier eine stillschweigende Prorogation, das forum contractus denken. Allein schon aus allgemeinen Gründen muß diese Ansicht verworfen werden. Das factum obligatorium ist hier die Willenserklärung des Erben. Nun wird aber niemand behaupten, daß der Erbe, der gerade in der Provinz ist, und eine in Italien ihm zugefallne Erbschaft anzunehmen sich bereit erklärt, sich damit habe den Provinzialgerichten für diese Sache unterwerfen wollen. Eher könnte dieß von den Gerichten des Orts behauptet werden, wo die Erbschaft ist, und diese Ansicht scheint in der That durch mehrere Stellen unterstützt zu werden [70]). Allein näher besehen verschwindet

---

69) L. 3. §. 3. L. 4. D. quib. ex caus. in poss. L. 8. pr. D. de acq. her. §. 5. Inst. de obl. quae quasi ex contractu.

70) L. 50 — 52. D. de judiciis. L. 66. §. 4. D. ad SC. Trebell. L. un. C. ubi fideicommissum peti oporteat. Für die Erb-

dieser Schein. Die Hereditas als etwas Unkörperliches ist ja an keinen Ort gebunden; und wollten wir ihr auch den größern Theil der Erbschaftssachen substituiren (wie es in jenen Stellen zu geschehen scheint), so wäre dieß doch immer willkührlich.

Dagegen sprechen überdieß L. 26. L. 27. L. 28. pr. D. de judiciis. Denn hier wird gesagt: Ein Legatus, der zu Rom eine Erbschaft angetreten oder restituirt erhalten habe, brauche daselbst die Klagen der Legatare nicht zu übernehmen, sondern nur Caution zu geben, oder sich die missio in possessionem gefallen zu lassen. Bei entgegengesetzter Entscheidung würde man vielleicht daraus folgern können, daß das forum contractus am Ort der angetretenen Erbschaft sey, obgleich auch dieser Schluß nach dem früher Gesagten nicht sicher wäre. Da aber nicht einmal der Legatus um dieses Grundes willen sein Privileg verlieren, und sich vor den an sich competenten Magistratus urbani einlassen soll, so liegt darin ein entscheidender Gegengrund gegen jene Ansicht. Daß er hier Caution geben müsse, ist natürlich, denn diese Caution kann an jedem Orte von ihm gefordert werden [71]). Auch steht

---

schaftsgläubiger sucht auf diese Weise das sg. forum hereditatis zu rechtfertigen Walch nach Glück Pand. Comm. Th. VI. 1. S. 293. Sonst habe ich diese Ansicht nirgends gefunden, aber auch nichts zur Aufklärung der angeführten Stellen. Für die Legatare und Fideicommissare nimmt zwar Donellus comm. jur. civ. XVII. 15. das forum contractus an; allein da wo der Erbe der ausdrücklichen oder präsumtiven Bestimmung des Testirers gemäß die Legate entrichten muß, welcher sich der Erbe durch den Antritt der Erbschaft unterwerfe. Er macht also auch hier das forum contractus allgemein vom locus solutionis abhängig.

71) L. 52. §. 4. D. de judiciis. L. 5. §. 3. D. ut leg serv. causa (36. 3.)

damit nicht im Widerspruch, daß, wenn der Legatus zu Rom die Erbschaft antritt und einem Fideicommissar restituirt, dieser sich dort einlassen müsse [72]). Denn in Rom muß sich ja jeder einlassen, wenn er auch nicht da contrahirt hat. Das Besondre ist nur dieß, daß dieser Fideicommissar, obgleich er an der Stelle des Fiduciars belangt wird, dessen persönliche Privilegien nicht genießt.

Die vorhin angeführten Stellen aber beziehen sich auf zwei eigenthümliche Grundsätze bei Fideicommissen, die auf keine Weise generalisirt werden dürfen.

1) Nach Vorschrift kaiserlicher Constitutionen braucht der Erbe, in Ermangelung andrer Bestimmungen des Testirers, Fideicommisse nur da zu entrichten, wo die Erbschaft oder der größere Theil der Erbschaftssachen ist, oder in seinem Domicil. Werden sie anderwärts von ihm gefordert, so kann er die Klage durch eine Einrede zurückweisen [73]). Zunächst war hierdurch nur der Erfüllungsort zu Gunsten des Erben bestimmt. Denn fungible Sachen, welche offenbar als Gegenstand des Fideicommisses vorausgesetzt werden [74]), wird er am leichtesten in seiner Heimath und wo der größere Theil der Erbschaft ist, anschaffen können. Mittelbar scheint indessen auch ein eigenthümlicher Gerichtsstand am letzteren Orte angenommen zu wer-

---

72) L. 66. §. 3. D. ad SC. Treb. L. 28. §. 1. D. de judiciis.

73) L. 50. 51. 52. D. de judiciis. L. un. C. ubi fid. pet.

74) Wenigstens hat der Erbe jene Einrede nicht, wenn eine specielle Sache vermacht ist, die sich am Ort der Klage befindet. L. 52. §. 3. cit.

werden [74a]). Allein man mag diesen nun von dem gesetzlich bestimmten Erfüllungsorte abhängig machen, oder als etwas ganz Singuläres betrachten, so ist es auf keine Weise ein forum contractus in dem vorhin angegebenen Sinne.

2) In L. 66. §. 4. D. ad SC. Trebell. [75]) wirft Paulus die Frage auf, ob der Fideicommissarerbe von den Erbschaftsgläubigern im Gerichtsstande des Erblassers belangt werden könne, wie der heres directus diesen Gerichtsstand als forum contractus anerkennen muß [76]). Allein wenn der Fideicommissar die Gerichtsstände seiner Vorgänger anerkennen sollte, wendet Paulus ein, so müßte er sich in drei verschiedenen Orten vertheidigen, im Domicil des Erblassers, des Fiduciars und in seinem eignen. Denn der Fiduciar, welcher, wie hier vorausgesetzt wird, freiwillig antritt und restituirt, ist eine Zeitlang wirklich Erbe und Schuldner gewesen, und dann ist es durch die Restitution der Fideicommissar an seiner Stelle gewor-

---

74 a) Die Pandektenstellen sind hierfür nicht entscheidend. Es ließe sich nach diesen Stellen sehr wohl denken, daß der Erbe durch jene Einrede nur die Zahlung am Ort der Klage verweigerte, also die gerichtliche Verhandlung doch an einem andern Orte statt finden könnte. Indessen ist es mir wahrscheinlicher, daß auch ein Gerichtsstand angenommen wird, theils wegen des Titels im Codex, theils wegen des folgenden analogen Falles.

75) An ubi defunctus conveniri debuit, et fideicommissarius debeat, videndum si sua sponte heres adit et restituit hereditatem: an tribus locis fideicommissarius defendi debeat, ubi defunctus et ubi heres, et ubi ipse domicilium habet? Oportet ita que ibi fideicommissarium conveniri, ubi vel domicilium habet vel major pars restitutae hereditatis habetur.

76) S. oben Note 62. L. 19. pr. de judiciis.

den [77]). Dieß wäre zu hart, wenn er sich an drei verschiedenen Orten in Prozesse einlassen müßte. Deshalb ist die Regel angenommen worden, daß der Fideicommissar nicht im Forum des Erblassers, sondern nur in seinem Domicil und wo der größte Theil der Erbschaft ist, belangt werden könne.

Ein eigenthümlicher Gerichtsstand wird also allerdings hier angenommen, an dem Orte, wo der größere Theil der Erbschaft ist. Hier sollen die Erbschaftsgläubiger den Fideicommissarerben, aber auch nur diesen, nicht den heres directus, belangen können; eine singuläre Regel, um den Fideicommissar zu erleichtern, die vielleicht auch, wie wir es entschieden von der vorigen wissen, auf willkührlichen kaiserlichen Verfügungen beruhte, und dann schon deshalb nicht generalisirt werden darf.

Merkwürdig ist in unsrer Stelle auch noch dieß. Paulus sagt: Soll der Fideicommissar das Forum des Erblassers anerkennen, so ist er auch an das Forum des Fiduciars gebunden. Offenbar in folgendem Zusammenhang. In dem Domicil des Erblassers war für diesen, also auch für seinen Nachfolger, das forum contractus begründet. Ebenso für den Fiduciar in seinem Domicil, und dieß bindet wieder seinen Nachfolger den Fideicommissar. Also wird angenommen, daß für den Erben, weil er von den Erbschaftsgläubigern in seinem Wohnort belangt werden kann, in diesem auch das forum contractus begründet

---

77) Bei erzwungenem Antritt und Restitution wird der Fideicommissar unmittelbar Erbe. Ob er hier den Gerichtsstand des Erblassers wie ein heres directus anerkennen müsse, lasse ich dahin gestellt. Vgl. L. 28. pr. D. de judiciis.

sey, welches in Rücksicht dieser Schulden, auch seine weitern Nachfolger anzuerkennen verpflichtet sind. Hiernach würde denn allerdings durch den Antritt der Erbschaft eine Art forum contractus entstehen, nur nicht da wo der Erbe sich erklärt hat, oder wo die Erbschaft ist, sondern im Wohnsitz des Erben, welches, weil es mit dem forum domicilii zusammentrifft, nur dann als ein besondres hervortritt, wenn diese Schuldverhältnisse auf den Erben des Erben übergehen. Doch lasse ich es dahin gestellt, ob dieß wirklich die Ansicht der Römischen Juristen war, da Paulus die Sache in unsrer Stelle nicht positiv ausspricht, sondern nur eine Argumentation darauf gründet, deren innern Zusammenhang man noch bestreiten könnte.

Ich komme nun auf den zweiten Hauptfall, wenn durch den Inhalt der Obligation ein bestimmter Erfüllungsort gegeben ist. Ist der Entstehungsgrund der Forderung ein Vertrag, und ein bestimmter Erfüllungsort verabredet, so soll das forum contractus nicht da seyn, wo jener Vertrag abgeschlossen wurde, sondern wo die Obligation erfüllt werden muß. Es soll dann, was den Gerichtsstand betrifft, so angesehen werden, als sey da contrahirt. Dieß ist der Sinn der L. 3. D. de reb. auct. jud. poss. von Gajus:

> Contraxisse autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia.

und L. 21. D. de obl. et act. von Julian:

> Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo, ut solveret, se obligavit.

Auch dieß erklärt sich von dem bei dem ersten Fall ange-

nommenen Gesichtspunkt vollkommen. Es ist freie Uebereinkunft der Partheyen, auf welcher der Gerichtsstand am Orte des Vertrags beruht, und sie können auch etwas Andres ausmachen [78]). Ist nun ein andrer Erfüllungsort verabredet, so liegt darin natürlicherweise die Uebereinkunft, daß dort auch geklagt werden soll.

Doch giebt es noch einen tiefern und allgemeinern Grund dafür, welcher schon früher angedeutet wurde. Die Klage aus einer Obligation ist nichts anders, als gerichtliche Forderung der Leistung, die den Gegenstand der Schuld bildet. Soll die Leistung nun an einem bestimmten Orte erfolgen, so kann sie nur da gefordert, also eigentlich auch nur da geklagt werden. Hierin liegt die natürliche Veranlassung, an dem Erfüllungsort einen besondern Gerichtsstand anzunehmen, welcher, da er seinem Wesen nach nicht auf der Willkühr der Partheyen beruht, nicht auf Vertragsobligationen beschränkt seyn, sondern überall zur Anwendung kommen wird, wo der Erfüllungsort einer Obligation auf irgend eine Weise bestimmt ist. Soll die gerichtliche Verhandlung einer solchen Sache an einem andern Orte gestattet werden, so ist dieß nur auf folgende Weise möglich. Schon in der Klage muß ausgesprochen werden, daß der Kläger eine Leistung fordre, die nicht hier, sondern an einem andern Ort erfolgen soll, es müßte dieß denn schon in der Bezeichnung des Gegenstandes der Klage selbst liegen, wie z. B. bei der Tradition eines bestimmten Grundstücks. Die Condemnation, welche auf das ursprüngliche

---

78) L. 19. §. 2. D. de judic. — nisi, ut alio loci defenderet, convenit.

Objekt der Klage geht, ist dann ebenso zu fassen, und durch Execution die Leistung am bestimmten Erfüllungsorte zu erzwingen. Wird die Condemnation auf das Interesse gerichtet, so ist dieses mit Rücksicht auf jenen Ort zu schätzen. Auf alle Weise ist dieß also der künstlichere Weg, und so ist es gewiß der Natur der Sache gemäß, daß, wenn auch die gerichtliche Verhandlung anderwärts gestattet wird, sie wenigstens gleichfalls an dem Erfüllungsorte zugelassen werde. Dieß ist, was sich im Allgemeinen darüber sagen läßt. Wir wollen nun sehen, wie sich die Grundsätze des Römischen Rechts hierüber entwickelt haben [79]).

In dem ältern Römischen Recht gab es Eine persönliche Klage, auf welche nur die allgemeinen Grundsätze streng angewandt wurden. Und mit dieser konnte nur an dem bestimmten Erfüllungsorte geklagt werden. Schon hierin liegt eine Bestätigung unserer allgemeinen Ansicht. Diese Klage ist die condictio certi. So dunkel im Ganzen noch immer die Lehre von den Condictionen für uns ist, so scheint mir doch Folgendes mit ziemlicher Sicherheit aus den Quellen hervorzugehn. Condictio im engern Sinne [80]) ist nach Gajus die Klage oder Formula mit der Intentio: si paret dare oportere, welche

---

79) Der Sitz dieser Materie ist **Dig. 13, 4. de eo quod certo loco dari oportet. Cod. 3, 18. Ubi conveniatur, qui certo loco dare promisit.**

80) Im weitern Sinne heißen (nach **Gaj. IV. 5. §. 15. Inst. de act. L. 25. pr. D. de obl. et act.**) **condictiones** alle **actiones in personam** auf **dare** oder **facere oportere.** Also nur Civilklagen; denn die **intentio: quidquid dare facere oportet** ist **in jus concepta**, oder **juris civilis.** Wahrscheinlich auch nur **judicia**, oder **actiones stricti juris.**

an die Stelle der alten legis actio per condictionem getreten ist, und eben deshalb diesen Namen führt [81]). Ueber die materielle Natur dieser Klage geht schon aus der Formel selbst hervor, daß sie 1) eine Civilklage seyn müsse [82]), 2) eine actio in personam, d. h. aus einer Obligation entspringend, 3) auf dare, d. h. Verschaffung des Eigenthums gerichtet. Nach andern Zeugnissen ist ihr Gegenstand näher dahin zu bestimmen, daß es certa pecunia oder certa res seyn müsse [83]), oder wie es schlechthin genannt wird, ein certum, d. h. dare einer bestimmten Summe Geldes, oder einer gewissen Quantität eines andern genau bestimmten Genus, oder einer speciell bestimmten Sache [84]), welches eben deshalb certum genannt wurde, weil in der Formel durch die intentio certa: si paret dare oportere [85]) der Gegenstand der

---

81) Gaj. IV. 18. Et haec quidem (sc. legis) actio proprie condictio vocabatur — nunc vero non proprie condictionem dicimus actionem in personam, qua intendimus dari nobis oportere. Vgl. ibid. 20. 33. und §. 15. Inst. de act.

82) Denn auch diese Intentio ist nach Gaj. IV. 45. in jus concepta oder juris civilis.

83) Darauf ging die alte legis actio per condictionem nach Gaj. IV. 19. und ebenso die neuere formula condictionis, die ihre Stelle vertrat. Gaj. IV. 33. Nulla autem formula ad condictionis (sc. legis act.) fictionem exprimitur. Sive enim pecuniam, sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus, nec ullam adjungimus condictionis fictionem.

84) Ueber die Begriffe von certum und incertum als Gegenstand der Obligationen s. L. 74. L. 75. D. de verb. obl. die sie an vielen Beispielen erläutern. Vgl. L. 6. D. de reb. cred.

85) Gaj. IV. 53 fin. sagt: Sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet. Das heißt: wenn die

Klage so bestimmt angegeben werden konnte, daß dem Judex in dieser Beziehung entweder gar keine Beurtheilung oder höchstens die einfache Schätzung speciell oder generell genau bestimmter körperlicher Sachen übrig blieb [86]). Um

---

Stipulation auf ein certum ging, so ist auch die intentio der Klage certa, nehmlich: si paret dare oportere, mit Angabe eines genau bestimmten Gegenstandes. Ging die Stipulation auf ein incertum, so wird auch mit einer formula incerta geklagt, deren intentio so lautet: quidquid ob eam rem dare facere oportet. Gaj. IV. 54. 131. 136. Sehr bestimmt geht dieser Zusammenhang des certum und incertum der Obligation mit der intentio certa und incerta hervor aus L. 75. §. 8. D. de verb. obl. Diese sagt von einer alternativen Stipulation auf 10 oder einen bestimmten Sklaven: Wenn der Stipulator sich die Wahl ausbedungen habe, potest videri certum stipulatus, cum ei liceat vel hominem tantum, vel decem tantum intendere sibi dari oportere. Qui vero sibi electionem non constituit, incertum stipulatur. Und muß, nach Gajus, auch seine Klage unbestimmt fassen mit quidquid u. s. w. Eine alternative Fassung der intentio certa ist nicht möglich. — Auf die condemnatio der Formel ist der Gegensatz von certum und incertum nicht zu beziehen, obgleich auch diese bald certa, bald incerta seyn kann. Denn diese ist nur bei certa pecunia bestimmt, d. h. auf eine gewisse Summe Geldes gerichtet. In allen übrigen Fällen, auch bei certa res geht sie auf eine aestimatio, ist also incerta. Gaj. IV. 49—52. Doch scheint in einigen Stellen, vielleicht mit Rücksicht hierauf, certum für certa pecunia genommen zu werden. L. 6. pr. §. 1. D. de confessis. L. 1. D. de cond. trit.

86) Je genauer und strenger die Instruction in der Formel, desto weniger ist dem Arbitrium des Judex überlassen. Am strengsten gebunden ist er bei der condictio auf certa pecunia. Hier urtheilt er nur über die faktischen Bedingungen der Klage; der Inhalt der Obligation, der Gegenstand der Condemnation ist durch die Formel gegeben. Bei der condictio auf certa res, ist der Gegenstand der Forderung in der intentio genau angegeben, aber durch die unbestimmte condemnatio ist ihm überlassen, diesen Gegenstand zu schätzen. Ist auch die intentio incerta (quidquid dare facere

dieſes Gegenſtandes willen hieß die Klage auch condictio certi [87]), und ſie war nicht nur als judicium [88]), ſondern auch um ihrer beſtimmten und unveränderlichen intentio willen [89]) beſonders ſtrenger Natur. Der Entſtehungsgrund der Obligation hingegen war gleichgültig [90]).

---

oportet), ſo hat er den Inhalt der Obligation zu beſtimmen, und dann zu Gelde anzuſchlagen. Stricti juris kann die Klage deshalb doch ſeyn, wenn z. B. aus Stipulation ein incertum gefordert wird. Iſt ſie überdieß bonae fidei, ein arbitrium (mit der intentio: quidquid dare facere oportet ex fide bona) ſo hat freilich der Arbiter noch freiere Hand. Dieſe verſchiedenen Gegenſätze dürfen nicht mit einander verwechſelt werden, wozu Cic. pro Rosc. Com. c. 4. leicht verleiten könnte. Allein hier wird eine Forderung einer gewiſſen Summe Geldes vorausgeſetzt. Wird dieſe in einem judicium, mit einer actio stricti juris eingeklagt, ſo muß dieſe natürlich auf certa pecunia gerichtet werden. Ein arbitrium, eine actio bonae fidei aber auf pecunia incerta. Daraus iſt aber nicht zu folgern, daß alle judicia oder actiones stricti juris auf certa pecunia gingen.

87) S. L. 9. pr. L. 24. D. de reb. cred. in den folgenden Noten. Condictio certi halte ich hiernach für gleichbedeutend mit condictio im engern Sinn. Es iſt die Klage mit der intentio: si paret dare oporterc. Condictio incerti kann, wie ich glaube, jede actio in personam civilis heißen, die stricti juris, und auf incertum (quidquid dare facere oportet) gerichtet iſt. L. 1. D. de cond. trit. ſcheint freilich einen engern Begriff der condictio certi aufzuſtellen. Vgl. Note 85. am Ende.

88) Dieß war ſie ohne Zweifel und kein arbitrium, oder nach der gewöhnlicheren Bezeichnung: stricti juris, nicht bonae fidei.

89) Die Unveränderlichkeit der intentio zeigte ſich z. B. darin, daß ſie nicht alternativ gefaßt werden konnte. Dieß wäre keine intentio certa mehr geweſen. S. Note 85.

90) Hiermit behaupte ich nicht, daß die condictio certi bei allen Obligationen gegeben worden, ſondern nur dieß: die Klage mit

Vorzugsweise wurde sie indessen gebraucht bei stricti juris Obligationen, deren Gegenstand ein certum war, weil es hierfür keine andre Klage gab. So namentlich bei Stipulation [91]), Darlehn [92]) und Damnationslegat [93]).

---

der intentio: si paret dare oportere ist immer condictio certi, welcher Entstehungsgrund der Obligation auch in der demonstratio angegeben sey. Die Bestimmung aller der Fälle, in welchen sie statt fand, ist bei dem dermaligen Zustand unsrer Quellen wohl nicht möglich. Denn auch L. 9. pr. §. 1—3. D. de reb. cred. die jene allgemeine Bedeutung der condictio certi ausspricht, giebt über die Grenzen ~~seiner~~ ihrer Anwendbarkeit keinen Aufschluß.

91) L. 24. D. de reb. cred. (Ulp.) Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem (sc. incerti) non habet; sed illa condictitia actione id persequi debet, per quam certum petitur. pr. Inst. de verb. obl. Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsione, cum quid dari fierive nobis stipulamur: ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu (sc. actio incerti) si incerta.

92) pr. Inst. quib. modis re. L. 9. de reb. cred. Cod. 4, 2. si certum petatur. Beim Gelddarlehn ist es immer die condictio certi. Bei andern fungibeln Sachen häufig, nehmlich wenn das genus nicht ganz genau angegeben war, eine condictio incerti, woraus sich die freiere Natur dieser Art des Darlehns erklärt.

93) Gaj. II. §. 204. — legatarius in personam agere debet, id est intendere, heredem sibi dare oportere. Vgl. jedoch Gaj. IV. 9. §. 7. Inst. de obl. quae quasi ex contractu. Theophil. ad h. l. Aus dem legatum sinendi modo, wodurch der Erbe nicht zum dare verpflichtet ist, wird immer eine actio ex testamento incerti gegeben. Gaj. II. 213. — hujus quoque legati nomine in personam actio est, quidquid heredem ex testamento dare facere oportet. Hieraus erklärt sich dessen Eigenthümlichkeit in Rücksicht der Zinsen und Früchte. Gaj. II. 280. — Auch für andere Obligationen mag die condictio certi die ausschließend gültige Klage gewesen seyn, z. B. literarum obligatio. Vgl. Cic. pro Rosc. Com. c. 4. 5.

War nun bei diesen Obligationen ein bestimmter Erfüllungsort angeordnet, so konnte, wie es vorhin bemerkt wurde, mit der condictio certi (und eine andre Klage gab es hier nicht) nur an diesem Orte geklagt werden. Denn klagte der Gläubiger anderwärts pure, das heißt ohne Erwähnung des Erfüllungsortes, so verlor er die Sache durch plus petitio [94]). Mit Berücksichtigung des Erfüllungsortes konnte er aber nicht klagen, weil die Strenge der condictio certi eine Modification der intentio nicht zuließ [95]). Bei certa pecunia war es noch um eines andern Grundes willen nicht möglich. Hier war auch die condemnatio certa, das heißt auf eine bestimmte Summe Geldes gerichtet, die der Judex nicht überschreiten durfte.

---

94) §. 33. Inst. de act. Gaj. IV. 53.

95) So wie sie nicht alternativ gefaßt werden konnte (si paret decem aut hominem Stichum dare oportere), eben so wenig konnte sie lauten: si paret Ephesi dare oportere. Hierdurch hätte sie aufgehört, eine intentio certa zu seyn, da der Judex dann nicht bloß den Werth der Sache selbst, sondern auch das Interesse des Orts hätte schätzen müssen. Man könnte aber hier einwenden: Ist Ephesi dare kein certum in der Klage, so ist auch die Stipulation Ephesi dare spondes? spondeo, eine stipulatio incerti und es konnte mit der actio ex stipulatu incerti auch anderwärts geklagt werden. Nehmen wir dieß aber an, so ist die actio arbitraria überflüssig. Eben deshalb ist dieß zu verwerfen. Ich denke mir die Sache im Zusammenhange so. Certi ist eine Stipulation, wenn mit der condictio certi daraus geklagt werden kann. Da nun die stipulatio: Ephesi dare spondes? spondeo, am Erfüllungsorte selbst mit dieser Klage verfolgt werden konnte, so wurde sie für certi gehalten. Dieselbe Stipulation nun auch für incerti zu erklären, war nicht möglich; also konnte auch die actio ex stipulatu incerti daraus nicht gegeben werden. Später hätte man sich dieß vielleicht erlaubt; allein da hatte der Prätor schon die actio arbitraria eingeführt, wodurch dasselbe noch vollständiger erreicht wurde.

Eine Berücksichtigung des Zahlungsortes war hier noch viel weniger möglich. Der Richter konnte also nur, entweder pure, zur Zahlung am Orte der Klage condemniren, oder ganz absolviren. Da nun der Beklagte hier zu zahlen nicht schuldig war, so mußte das Letztere geschehen, und der Kläger verlor den Prozeß.

War nun der Schuldner am Erfüllungsorte nicht anzutreffen, und besaß daselbst auch kein Vermögen, so war hierdurch dem Gläubiger die gerichtliche Verfolgung seines Anspruches ganz unmöglich gemacht. Hier war also das Bedürfniß eine Abhülfe, und diesem kam der Prätor entgegen durch Aufstellung der actio arbitraria de eo, quod certo loco dari oportet. Die rechtlichen Grundsätze dieser Klage sind nun noch kurz darzustellen, worin zugleich das früher Gesagte seine volle Bestätigung finden wird [96]). Sie vertritt die Stelle der condictio certi, d. h. der Klage auf dare von certa pecunia und certa res [97]) aus stricti juris Obligationen, als Stipu-

---

96) Hauptstelle für diese Klage ist L. 1. D. de eo quod certo loco (Gaj.) Alio loco quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere. Sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum in quem daturum se promisisset, nunquam accederet (quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur) non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est, utilem actionem in eam rem comparare. cf. §. 33. Inst. de act.

97) Daher heißt sie auch actio de eo quod certo loco dari oportet. S. Rubr. Dig. et Cod. Die meisten Stellen reden von certa pecunia, einige von andern fungibeln Sachen, die ja auch certum seyn können, andere von dare überhaupt. L. 7. §. 1. D. cit. erwähnt die Stipulation auf tradere, welches, auf den Besitz bezogen, ein incertum ist nach L. 75. §. 7. D. de verb. obl. bei

lation [98]), Darlehn [99]) und Damnationslegat [100]), wenn ein Erfüllungsort angeordnet ist, und an einem andern Orte geklagt werden soll [101]). Da sie eine actio arbitraria ist, so kann nicht nur in der Formel auf den Erfüllungsort ausdrücklich Rücksicht genommen, und so plus petitio vermieden werden, sondern der Arbiter hat auch die freieste Hand, die Condemnation mit Rücksicht auf das Interesse des Beklagten oder des Klägers zu mindern oder zu erhöhen [102]), oder durch Auferlegung einer Caution die Leistung selbst am Erfüllungsorte zu erzwingen [103]).

Auf die angegebnen Fälle war diese Klage aber auch beschränkt; in andern wurde sie nicht gegeben, weil sie in der That hier nicht Bedürfniß war. So zuvörderst bei bonae fidei Obligationen mit einem bestimmten Erfüllungsort, wo durch die actio bonae fidei dasselbe erreicht wurde, was in jenen Fällen die actio arbitraria gewährte. Obgleich nehmlich es auch hier das Einfachste war, am bestimmten Erfüllungsorte zu klagen, und dieß auch wirklich gestattet wurde, so war doch die Klage auch an jedem andern Orte möglich, da die intentio incerta keine förmliche Schwierigkeit machte, und der Arbiter durch sein Of-

---

einer res nec manicipi aber vielleicht dem dare gleich galt. Vielleicht ist die Stelle auch interpolirt.

98) Dieß ist der häufigste Fall, daher er zuweilen allein genannt wird. So in L. 1. D. h. t. und im Cod. tit. cit.

99) L. 6. D. h. t.

100) L. 5. D. eod.

101) Denn am Erfüllungsorte selbst kann mit der condictio certi selbst pure geklagt werden. §. 33. Inst. de act.

102) L. 2. pr. §. 8. D. h. t. L. un. C. eod.

103) L. 4. §. 1. D. h. t.

ficium angewiesen war, das Interesse des Ortes zu berücksichtigen [104]).

Ganz ähnlich verhält es sich aber auch bei stricti juris Obligationen auf ein incertum. Auch hier war die intentio incerta, und durch die gleichfalls unbestimmte condemnatio war der Judex angewiesen, zum Werthe der Leistung zu condemniren. Diesen Werth mußte er aber mit Berücksichtigung des Ortes bestimmen. Daher auch in diesen Fällen mit der gewöhnlichen Klage anderwärts als an dem Erfüllungsorte geklagt werden konnte [105]). Daß die Klage auch an diesem letztern möglich war, ist nicht zu bezweifeln, obgleich es nicht ausdrücklich gesagt wird.

---

104) L. 7. pr. D. de eo quod certo loco (Paul.). In bonae fidei judiciis, etiam si in contrahendo convenit, ut certo loco quid praestetur, ex empto vel vendito, vel depositi actio competit, non arbitraria actio. L. 16. §. 1. D. de pec. const. (Ulp.) Sed et certo loco — constituere quis potest, nec solum eo loci posse eum petere, ubi ei constitutum est, sed exemplo arbitrariae actionis ubique potest.

105) L. 43. D. de judiciis (Papir.). Eum qui insulam Capuae fieri certo tempore stipulatus est, eo finito quocunque loco agere posse in id, quod interest. Auf solche Fälle müssen auch L. 22. D. de reb. cred. und L. 4. D. de condict. trit. bezogen werden. Denn sie sprechen von stricti juris Obligationen; dieß ergiebt sich aus den Grundsätzen über die Zeit, nach welcher das Interesse geschätzt werden soll. Dessenungeachtet wird bei bestimmtem Erfüllungsort die Klage an einem andern Ort gestattet, und der Judex angewiesen, das Interesse nach jenem zu bestimmen. Von der actio arbitraria ist aber gar nicht die Rede. Dieß erklärt sich nur durch die Annahme, daß hier eine condictio incerti vorausgesetzt wird, und in der That war die Darlehnsklage wegen Wein, Oehl und dergl. häufig, und die condictio triticiaria immer incerti.

In dem Römischen Recht ist es also anerkannt, daß bei bestimmtem Erfüllungsort der Strenge nach nur an diesem geklagt werden könne. Hieraus folgt nothwendig die Annahme eines besondern Gerichtsstandes an diesem Orte. Und auch nachdem man durch künstliche Vermittlung die Anstellung der Klage an einem andern Orte in allen Fällen möglich gemacht hatte, so folgte daraus nur die Concurrenz jenes Gerichtsstandes mit den persönlichen Gerichtsständen des Schuldners, welche Ulpian allgemein anerkennt in L. 19. §. 4. D. de judiciis:

Illud sciendum est, eum qui ita fuit obligatus, ut in Italia solveret, si in provincia habuit [106]) domicilium, utrobique posse conveniri, et hic et ibi: et ita Juliano et multis aliis videtur.

Nachdem auf diese Weise das allgemeine Princip des forum contractus für diesen zweiten Fall im Römischen Recht nachgewiesen worden ist, sind nun auch hier die specielleren Grundsätze über den Umfang dieses Gerichtsstandes daraus abzuleiten.

Schon vorhin wurde bemerkt, daß er nicht auf Vertragsobligationen beschränkt seyn könne, und in der Betrachtung des Römischen Rechts hat sich dieß bestätigt, indem er hier bestimmt auch bei der Testamentsobligation angenommen wird. Diesen Fall aber auf den ersten zu

---

106) Besser ist wohl zu lesen: habeat. Denn wo der Beklagte sein Domicil hatte zur Zeit des Contracts, könnte nur das gewöhnliche forum contractus begründet seyn. Daß dieses aber noch neben dem Gerichtsstande des Erfüllungsortes gelten sollte, ist an sich unwahrscheinlich und widerspricht auch der L. 3. D. de reb. auct. jud. poss. uud L. 21. D. de obl. et act.

reduciren, wie Donellus gethan, anzunehmen, daß der Erbe durch Annahme der Erbschaft zur Entrichtung des Legates sich wie durch Vertrag verpflichtet, und damit auch den Gerichten des Erfüllungsortes unterworfen habe, ist weder Bedürfniß, noch consequenterweise möglich. Da sonst auch, abgesehen von einem bestimmten Erfüllungsorte, hier ein forum contractus angenommen werden müßte, was doch dem Römischen Recht nach dem früher Ausgeführten fremd ist. Ueberhaupt läßt sich der Umkreis, innerhalb dessen dieser Grundsatz zur Anwendung kommt, nicht nach den verschiednen Entstehungsgründen der Obligationen ziehen, wie in dem ersten Fall, sondern lediglich mit Rücksicht auf die Art und Weise der Bestimmung des Erfüllungsortes. Wir haben nehmlich bisher nur den Fall berücksichtigt, wo durch Willkühr, Uebereinkunft der Partheyen, oder einseitige Anordnung des Testirers dieser Theil der Obligation seine Bestimmung erhält. Wie nun aber, wenn durch die Natur der Sache, oder allgemeine gesetzliche Regel ein bestimmter Erfüllungsort gegeben ist? Im Allgemeinen betrachtet, ließe sich hier dasselbe denken. Das Römische Recht aber hat, wie ich glaube, hier diesen Gerichtsstand nicht angenommen.

Der Erfüllungsort ist allgemein gesetzlich bestimmt für actiones bonae fidei und arbitrariae auf Leistung beweglicher Sachen. Diese braucht der Beklagte nicht, wie es sonst die Regel ist, am Ort der Klage, sondern nur da zu prästiren, wo sie sich gerade befinden, er müßte sie denn dolo malo dahin gebracht haben [107]). Dieselbe Regel

---

107) S. oben Note 56.

ist auch für die Testamentsobligation, obgleich sie stricti juris ist, zur Erleichterung des Erben angenommen worden [108]). Muß oder kann nun auch an diesem Orte geklagt werden? Dieß wird nirgends gesagt, und darf in der That nicht angenommen werden. Der Schuldner ist ja nicht verpflichtet, die Sache da zu liefern, wo sie sich befindet, sondern es ist eine Begünstigung, daß ihm durch das officium judicis erlaubt wird, sie nur da zu prästiren [109]). Der Kläger hat also kein Recht darauf, kann die Leistung an diesem Orte nicht fordern, und eben deshalb da nicht klagen.

Eine besondre Bewandniß hat es freilich mit der früher vorgekommenen Regel für Fideicommisse [110]). Der Erbe braucht sie nur da zu prästiren, wo der größere Theil der Erbschaft ist, und es scheint, daß auch der Fideicommissar mit der Klage da auftreten konnte. Allein der Erbe war in der That hierdurch auf doppelte Weise und aus zwie-

---

108) L. 38. D. de judiciis. L. 47. pr. §. 1. D. de legatis I. Bei dem Vindicationslegat galt dieß schon deshalb, weil es durch die rei vindicatio, eine actio arbitraria geltend gemacht wurde. Vgl. L. 10—12. D. de rei vind. Bei dem Damnationslegat aber, welches eine stricti juris Obligation erzeugt, war es etwas Singuläres. Freilich sind diese Stellen des Justinianischen Rechts keine ganz sicheren Zeugnisse dafür, daß es auch im alten Recht so war.

109) Anders muß es deshalb seyn, wenn es schon in der Uebereinkunft der Partheyen lag, daß die Sachen da prästirt werden sollen, wo sie sich schon damals befanden. Dieß ist dann ein bestimmter locus solutionis.

110) S. oben Note 73. Diese Regel gilt im Justinianischen Recht natürlich für alle Vermächtnisse, da ja der Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen völlig getilgt ist.

zwiefachem Grunde begünstigt. Er sollte das Fideicommiß nur da zu bezahlen schuldig seyn, wo die dazu nöthige Anschaffung von Capitalien durch Verkauf von Erbschaftssachen ihm am leichtesten möglich war. Hierauf beruht die Regel über den locus solutionis. Er sollte aber auch, außer in seinem Domicil, nur da genöthigt seyn, sich in Prozesse einzulassen, wo die Verwaltung der ihm zugefallnen Erbschaft ihn ohnedieß auf längere Zeit festhielt. Daher wurde hier auf ganz singuläre Weise auch ein Gerichtsstand angenommen.

Durch die Natur der Leistung selbst ist wohl nur dann ein bestimmter Erfüllungsort gegeben, wenn sie sich unmittelbar auf ein bestimmtes Grundstück bezieht, insbesondre wenn der Besitz desselben übergeben werden soll, was natürlich nur an Ort und Stelle möglich ist. Daraus könnte man folgern, daß auch die Klage an dem Orte, wo das Grundstück belegen ist, angestellt werden müsse oder könne. Allein auch hier hat das Römische Recht einen solchen Gerichtsstand nicht angenommen; ohne Zweifel aus folgenden Gründen. Der Ort gehört hier mit zur individuellen Bestimmung des Gegenstandes, welche in der Klage nie fehlen darf [111]). Wenn daher auch die Klage anderwärts angestellt wird, so kann dieß nie als Forderung der Leistung am Ort des Prozesses angesehen werden; und so ist, was das Verhältniß der Klage zur Leistung betrifft, der Ort der Verhandlung gleichgültig [112]).

---

111) In dem Römischen Prozeß wenigstens in dem ersten Vortrag des Klägers vor dem Magistrat, wenn auch die formula auf ein incertum ging.

112) Am deutlichsten zeigt sich dieß wieder bei der condictio

Nur für die Execution wäre es allerdings bequemer gewesen, den Prozeß an Ort und Stelle verhandeln zu lassen. Allein darauf sahen die Römer um so weniger, da ein direkter Zwang überhaupt nicht gewöhnlich war, und vorzugsweise bei persönlichen Klagen nur indirekte Zwangsmittel, als Caution, Condemnation zum Interesse u. dgl. angewandt zu werden pflegten.

Aus allem diesem ergiebt sich, daß dieser Gerichtsstand nach Römischem Recht sich immer auf einen willkührlich bestimmten Erfüllungsort gründe; also auch nur bei solchen Obligationen zur Anwendung kommen könne, wo ein solcher sich denken läßt; dieß werden aber keine andre als Vertrags- und Testamentsobligationen seyn.

Das Resultat der bisher über das forum contractus angestellten Untersuchungen fasse ich kurz in Folgendem zusammen. 1) Bei Verträgen und ähnlichen Entstehungsgründen der Obligationen wird eine stillschweigende Prorogation auf die Gerichte des Vertragsortes präsumirt, wenn eine entgegengesetzte Absicht nicht ausdrücklich erklärt oder aus den Umständen deutlich zu erkennen ist. Dieß ist das eigentliche forum contractus, und das forum gestae administrationis nur eine Anwendung desselben auf gewisse Fälle. 2) Alle Obligationen, aus welchem Grunde sie entstanden seyen, die einen willkührlich bestimmten Erfüllungsort haben, können an diesem auch durch Klage verfolgt werden. Dieß möchte ich lieber mit einem besondern

---

certi. Mit der Formel: Si paret NN. AA. fundum Tusculanum dare oportere konnte der Kläger ohne Gefahr der plus petitio an jedem Orte klagen.

Namen den Gerichtsstand des Erfüllungsortes nennen. Ist es eine Vertragsobligation, so fällt beides zusammen. Denn dann ist die stillschweigende Prorogation auf die Gerichte des Erfüllungsortes zu beziehen.

Es bedarf am Ende dieses Abschnittes wohl kaum der Bemerkung, daß die abgehandelten Fragen auch von praktischer Bedeutung sind. Denn da keine neuere Praxis das Ansehen des Justinianischen Rechts in dieser Materie verdunkelt hat, so sind lediglich aus diesem die Grundsätze des heutigen Rechts zu entlehnen. Ebendeshalb brauchte auch in der ganzen Untersuchung auf die Geschichte des Römischen Rechts seit Justinian, die Dogmengeschichte, keine Rücksicht genommen zu werden. Eine allgemeinere Betrachtung, die uns in den älteren Römischen Rechtszustand zurückführt, dürfte aber hier an ihrer Stelle seyn, zumal da sie den Uebergang zu dem zweiten Gegenstande dieser Abhandlung bildet.

Werfen wir nehmlich einen Blick auf das System der Gerichtsstände überhaupt, wie es in der Zeit der classischen Juristen bestand; so zeigt sich darin im Vergleich mit dem spätern Rechte eine große Einfachheit. Nach der Regel: actor rei forum sequi debet, bildet das forum domicilii und originis den regelmäßigen Gerichtsstand. Privilegirte allgemeine Gerichtsstände gab es nicht. Nur Eine allgemeine Ausnahme machte das forum prorogatum, auf der Willkühr der Partheyen beruhend. An dieses schloß sich das forum contractus an. Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes war nicht zu entbehren. Auch das forum reconventionis scheint mit dem forum pro-

rogatum in innerem Zusammenhang zu stehen [113]). Das forum connexitatis galt in beschränkterem Umfange, und empfahl sich durch seine Zweckmäßigkeit [114]). Die übrigen speciellen Gerichtsstände aber waren damals noch unbekannt. So höchstwahrscheinlich das forum delicti commissi für Civilklagen [115]) und bestimmt das forum rei sitae, wie wir gleich sehen werden. Allmählig wurden, um dem Kläger die Rechtsverfolgung zu erleichtern, immer mehr Ausnahmen von der Regel: actor rei forum sequi debet, gemacht, und Justinian ging darin so weit, daß es schwer ist, der Anwendung seiner überdieß

---

113) Wer als Kläger vor einem Richter auftritt, hat sich dadurch gewissermaßen seiner Jurisdiction unterworfen, und muß ihn nun auch in Rücksicht der Widerklage anerkennen. Von dem forum prorogatum, und dem forum contractus unterscheidet es sich indeß darin, daß es nicht ganz von der Willkühr des Klägers abhängt. Neuere nennen es deshalb wohl ein forum prorogatum necessarium.

114) Der Titel Dig. 11, 2. de quibus rebus ad eundem judicem eatur, handelt nicht hiervon, sondern von Einem judex pedaneus, dem mehrere connexe Sachen übergeben werden. Die wenigen Stellen aus der ältern Zeit, die wirklich das forum connexitatis anerkennen, gehen auf den Fall verbundner Civil- und Criminalsachen, wo die Verbindung beider so schon natürlich ist, und erklären sie nicht für nothwendig, sondern nur für erlaubt. L. 1. C. de off. rect. (1, 40.) Alex. L. 4. §. 4. D. fin. reg. L. 39. §. 1. D. de lib. causa.

115) L. 24. §. 1. D. de judiciis sagt nur, daß der Legatus sein jus revocandi domum deshalb verliere; L. 43. D. de nox. act., der Servus müsse da vertreten oder noxae gegeben werden, wo er das Delict begangen habe. Andre Stellen aus der classischen Zeit kenne ich nicht. Erst Valentinian und Valens schrieben das forum delicti commissi für das Int. unde vi vor. L. un. C. ubi de poss. (3, 16.)

sehr unbestimmten Verordnung bestimmte Grenzen zu setzen [116]).

Ich wende mich jetzt zu dem forum rei sitae, beschränke mich aber auch hier, mit Uebergehung dessen, was schon von Andern richtig gesagt worden ist, auf wenige Bemerkungen, die Geschichte dieses Gerichtsstandes vor und nach Justinian betreffend, welche, insofern sie unser heutiges Recht berühren, mehr dazu dienen sollen, die in der Praxis herrschende Ansicht zu befestigen, als sie in ihrem verjährten Besitz zu stören.

Der Gerichtsstand der belegenen Sache für dingliche Klagen kann da, wo die obrigkeitliche und richterliche Gewalt auf ein Territorium, und somit auf alle darin befindlichen Personen und Sachen geht, mit Recht für etwas Naturgemäßes gehalten werden. Hierzu kommt noch der bestimmte praktische Zweck desselben, daß dingliche Rechtsverhältnisse am bequemsten an Ort und Stelle ausgemittelt werden, und daß die Execution hierdurch erleichtert wird. Es ist deshalb wohl nie bezweifelt worden, daß dieser Gerichtsstand in dem Römischen Rechte zu jeder Zeit gegolten habe. Eine neu entdeckte Rechtsquelle giebt uns aber ganz unerwartet andre Kunde über das ältere Recht, und verbreitet dadurch auch über die spätern Rechtsquellen ein neues Licht. Auf diese Nachricht hier aufmerksam zu machen, kann um so weniger für überflüssig gelten, da neuere

---

116) Es ist Nov. 69., auf deren Inhalt ich nachher bei dem forum rei sitae näher eingehen werde.

Schriftsteller ihr nicht das gebührende Recht widerfahren lassen [117]).

Die Vaticanischen Fragmente im Titel de cognitoribus et procuratoribus (§. 326. ed. Berol.) enthalten ein Rescript, nach der Subscription zu schließen von Diocletian, dessen erste Hälfte folgendermaßen lautet:

> Actor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur. Unde perspicis non ejusdem [118]) provinciae praesidem adeundum, ubi res, de quibus agitur, sitae sunt, sed in qua is, qui possidet, sedes ac domicilium habet.

Das forum rei sitae wird offenbar hier ausdrücklich verworfen, und auch für dingliche Klagen, namentlich die Vindication, das forum domicilii für den ausschließend gültigen Gerichtsstand erklärt. Und da dieß nicht als eine willkührliche neue Vorschrift, sondern als eine bekannte Rechtsregel ausgesprochen wird, so ergiebt sich hieraus der ganz neue und merkwürdige Satz, daß dem ältern Römischen Recht der Gerichtsstand der belegenen Sache für actiones in rem durchaus fremd war. Zum Beweise dieser Behauptung genügt in der That schon dieß Eine Zeugniß. Ihre Bestätigung aber er-

---

117) Linde Civilproz. §. 62. erwähnt sie gar nicht. Hefftter Instit. des Civilprozesses S. 143. erwähnt sie zwar, aber ohne daraus die, wie mir scheint, nothwendigen Folgerungen für das ältere Recht zu ziehen. Dagegen hat schon Schrader auf die Wichtigkeit dieses Zeugnisses und auf die Nothwendigkeit, die andern aus der ältern Zeit herrührenden Nachrichten damit in Uebereinstimmung zu bringen, aufmerksam gemacht. Kritische Zeitschr. für Rechtswissenschaft, Bd. 1. Heft 1. S. 178 folg.

118) Vielleicht besser: ejus.

hält sie dadurch, daß auch alle übrigen Data damit übereinstimmen. In keiner der unmittelbar auf uns gekommenen Quellen des vorjustinianischen Rechts wird dieser Gerichtsstand erwähnt. Die Stellen der Justinianischen Compilation, insofern sie aus der ältern Zeit herrühren, sind keine sichere Quelle, selbst wenn sie von dem forum rei sitae sprechen sollten; denn sie könnten in dieser Beziehung interpolirt seyn. Es wird sich aber unten zeigen, daß die Stellen, die man gewöhnlich darauf bezieht, in der That nicht davon reden. Endlich hat auch das spätere Gesetz, worin dieser Gerichtsstand zuerst vorkommt (L. 3. C. ubi in rem act.) ganz die Form einer Verfügung, wodurch das ältere Recht abgeändert werden soll. Alles dieß stimmt also mit unsrer Stelle und der darin erhaltenen Nachricht vollkommen überein.

Man könnte vielleicht einwenden, daß nach der alten Form der Vindication die streitige Sache im Gericht gegenwärtig seyn mußte und daraus schließen, daß auch die gerichtliche Verhandlung an dem Ort, wo die Sache ist, habe angestellt werden müssen [119]). Allein diesem Einwand ist leicht zu begegnen. Wir wissen, daß der Beklagte durch die actio ad exhibendum genöthigt werden konnte, bewegliche Sachen, auch wenn sie vom Gerichtsort entfernt waren, herbeizuschaffen [120]); und daß von Grundstücken oder solchen Mobilien, die nicht leicht zu transportiren sind, ein Theil als Symbol des Ganzen vor den

---

119) Vultejus Comm. in Cod. ubi fideicommissum n. 28. 32. und in L. ult. C. ubi in rem actio n. 11.

120) L. 11. §. 1. D. ad exhib. L. 38. fin. D. de judiciis.

Prätor gebracht zu werden pflegte; ein Ausweg, den man nur deshalb ergriff, weil die Sache häufig zu entfernt war, als daß der Prätor sich an Ort und Stelle verfügen konnte [121]). Dieß Verfahren konnte also sehr wohl statt finden, auch wenn die Sache in einem fremden Jurisdictionsbezirk belegen war. War die Sache freilich in den Provinzen, so wäre jener Weg sehr unbequem gewesen. Allein Provinzialgrundstücke konnten ja nie so vindicirt werden, weil sie nie im quiritarischen Eigenthum waren; und für bewegliche Sachen konnte man sich der leichtern Vindicationsform bedienen.

Wie kam es nun aber, daß der Römischen Gerichtsverfassung das forum rei sitae bei actiones in rem fremd war, da doch die Gewalt der Römischen Magistrate, wie unsrer richterlichen Behörden auf ein Territorium ging [122])? Man dachte sich die Sache wahrscheinlich in folgendem Zusammenhang. Das Recht an der Sache als etwas Unkörperliches ist an keinen Ort gebunden. Nur über dieses Recht aber, nicht über die Sache selbst, übt der Richter seine Gewalt, indem er über die dingliche Klage entscheidet. Also kann seine Competenz nicht davon abhängen, daß die Sache unter seiner Jurisdiction belegen sey [123]). Hieraus ergiebt sich aber auch

---

121) Gaj. IV. §. 16. 17. Gellius Noct. Att. XX. 10. Festus v. vindiciae.

122) S. oben Note 4. 5.

123) Diese Ansicht spricht bei einer andern Gelegenheit, nur sehr ungeschickt, Justinian aus in L. 12. C. de praescr. longi temp. — Quid enim prodest in ipsa provincia esse possessionem an in alia: cum jus vindicationis incorporale est, et ubi-

folgende Beschränkung jener Regel. Von der Execution kann sie nicht gelten, insofern hierdurch unmittelbar über die Sache verfügt werden soll. Diese kann der Magistrat, wie andre Jurisdictionshandlungen [124]) nur innerhalb seines Gerichtssprengels und für die darin belegnen Sachen vornehmen [125]). Hieraus könnte man ein Argument gegen die Zweckmäßigkeit jener Römischen Ansicht hernehmen, indem, wenn nun die Sache im forum domicilii bis zum Urtheil verhandelt war, die Execution bei dem judex rei sitae gesucht werden mußte. Allein nach dem ältern Römischen Prozeß wurde ja auch bei dinglichen Klagen die Execution in der Regel nicht auf das ursprüngliche Klagobjekt, z. B. die streitige Sache gerichtet, sondern in dem condemnatorischen Endurtheil auf das Geldinteresse erkannt, und hierdurch indirekt der Beklagte genöthigt, die gegenwärtige Sache herauszugeben, oder wegen der Restitution der entfernten Caution zu bestellen [126]). In dem

---

cunque res positae sunt, et dominium earum et vinculum ad dominium vel creditorem possit reverti? Ideo enim nostri majores subtilissimo animo et divino quodam motu ad actiones et earum jura pervenerunt, ut incorporales constitutae possint ubicunque jus suum et effectum corporalem extendere.

124) S. oben Note 4. 5.

125) Einweisung in den Besitz u. dgl. Insbesondre missiones in possessionem, zu welchem Zweck sie auch geschehen, als Executionshandlung oder als provisorische Maaßregel, kann immer nur der judex rei sitae ertheilen. L. un. C. ubi de hereditate (3, 20.) L. 12. §. 1. D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5.)

126) Dieß weiter auszuführen ist hier nicht der Ort. Wie ungern die Magistrate in älterer Zeit mit unmittelbar zwingender Gewalt in Civilsachen eingriffen, ergiebt sich aus L. 1. §. 2. D. si ventris nom. In der Regel zwang der Prätor nur zum Judicium,

spätern Recht freilich war es anders, der Richter griff häufiger mit direktem Zwange ein; aber da galt ja auch schon das forum rei sitae, ja es waren vielleicht diese veränderten Grundsätze der Hülfsvollstreckung mit Veranlassung seiner Einführung.

Was das ältere Recht betrifft, so entsprach dieser Grundsatz vollkommen dem einfacheren System der Gerichtsstände in jener Zeit, wovon oben schon die Rede war. Der Kläger sollte immer, also auch bei actiones in rem, dem Beklagten in seine Heimath folgen, und hiervon wurde keine Ausnahme gemacht, bloß um dem Kläger die Rechtsverfolgung zu erleichtern. Denn erschwert war sie ihm durch das ganze Princip, und der Beklagte begünstigt. Man hätte also um dieses Grundes willen noch in hundert andern Fällen Ausnahmen machen müssen. Für unsern Fall wurde jener Grundsatz dadurch einigermaßen gemildert, daß den gegen den Besitzer gerichteten actiones in rem auch derjenige haftet, der die Sachen als Re-

---

und dieß führte zur Geldcondemnation; dieß war der ordo judiciorum privatorum, jus ordinarium, im Gegensatz der Praetoria potestas, der Execution extra ordinem. Vgl. L. 3. §. 1. 2. L. 5. §. 10. D. de op. novi nunc. L. 3. pr. D. ne vis fiat ei qui in poss. L. 1. §. 1. D. de tab. exhib. L. 1. §. 2. D. de migrando. L. 5. §. 27. D. ut in poss. leg. L. 1. §. 1. D. de inspic. ventre. In dem Judicium arbitrirte zwar der Judex auf das eigentliche Objekt der Klage, hatte aber kein andres Zwangsmittel als die Drohung der Condemnation zum Interesse, welches freilich durch den Eid des Klägers sehr hoch zu stehen kommen konnte. Vgl. L. 1. §. 21. D. depositi. L. 21. C. de rei vind. L. 1. L. 2. §. 1. D. de jur. in lit. L. 2. C. eod. Die einzige Stelle, welche direkte Execution für diesen Fall anordnet, ist L. 68. D. de rei vind. Sie ist aber eben deshalb höchst wahrscheinlich interpolirt. Für das spätere Recht s. §. 32. Inst. de act. vgl. mit Gaj. IV. §. 52. und L. ult. C. de fid. libertat. (7, 4.)

präsentant eines Andern inne hat. Einen solchen nun, den Pachter oder Miether, Mandatar oder Depositar, wird der Kläger meist an dem Orte, wo die Sache ist, finden, und belangen können, wenn der Dominus selbst sich daselbst nicht aufhält. Will dieser dann um seines Interesses willen den Prozeß übernehmen, so ist er als Intervenient genöthigt, sich in dem Gerichtsstand des eigentlichen Beklagten, dessen Stelle er vertritt, einzulassen [127]). Erst Constantin hat diese Intervention des Dominus bei Grundstücken zur allgemeinen Nothwendigkeit erhoben, und dadurch die Einführung des forum rei sitae vorbereitet [128]).

Ehe ich zu dieser übergehe, sind noch einige andre Grundsätze des alten Rechts zu erwähnen, worin etwas dem forum rei sitae Aehnliches liegt.

1) Es ist früher vorgekommen, daß die Magistratus urbani für alle Einwohner des Römischen Reichs competent waren, daß aber gewisse Personen, namentlich legati,

---

127) L. 1. C. ubi in rem actio. L. 49. pr. D. de judiciis.

128) L. 2. C. ubi in rem actio von Constantin. Der Stellvertreter im Besitz, der mit der Vindication belangt wird, soll gleich zu Anfang des Prozesses den Dominus nennen (sg. laudatio auctoris). Dieser wird nun von dem Richter citirt, und ist, auch wenn er in einer andern Provinz sein Domicil hat, genöthiget, den Prozeß an der Stelle des eigentlichen Beklagten hier zu übernehmen. Thut er dieß nicht, so wird dem Kläger, wie bei der contumacia des Beklagten, missio in possessionem rei petitae gegeben, und jenem nur überlassen, als Kläger sein Recht an der Sache zu verfolgen. — Für unrichtig halte ich die gewöhnliche Darstellungsart, nach welcher die Natur der Vindication dahin abgeändert seyn soll, daß nicht mehr bloße Detention, sondern Civilbesitz (soll heißen juristischer Besitz, Besitz in eignem Namen) in der Person des Beklagten gefordert werde

eine Exemtion, das jus revocandi domum hatten, mit Ausnahme der zu Rom während ihres Geschäftsaufenthalts contrahirten Verbindlichkeiten. Wie nun, wenn ihnen das Eigenthum einer Sache streitig gemacht wird, welche sie hier besitzen? Der Besitz ist es, der die Klage gegen sie begründet, gewissermaßen die obligatorische Thatsache, und sie besitzen zu Rom. Aeltere Juristen wollten darauf sehen, ob diese Sache ihnen unentbehrlich sey. Später erhielt aber die consequentere Meinung die Oberhand, daß das jus revocandi domum immer ausgeschlossen seyn sollte, wenn der Legat den Besitz der Sache erst in Rom erworben hatte, also hier und während seines Geschäftsaufenthaltes gewissermaßen Schuldner geworden war [129]). Das forum rei sitae selbst, worauf man die Stelle häufig bezieht, kommt also hier nicht vor, indessen etwas dem Aehnliches. Seinem Grunde nach hat es noch mehr Verwandtschaft mit dem forum delicti commissi.

2) Auch bei obervormundschaftlichen Geschäften scheint die Competenz der Römischen Magistrate mit Rücksicht auf die in ihrem Gerichtsbezirke belegnen Sachen oder Vermö-

---

129) L. 24 §. 2. D. de judiciis (Paul.) Sed si postulatur in rem actio adversus legatum, nunquid danda sit, quoniam ex praesenti possessione haec actio est? Cassius respondit, sic servandum, ut si subducatur ministerium ei, non sit concedenda actio: si vero ex multis servis de uno agatur, non sit inhibenda. Julianus, sine distinctione denegandam actionem, merito: ideo enim non datur actio, ne ab officio suscepto legationis avocetur. L. 25. eod. (Julian.) Si legationis tempore quis servum vel alienam rem emerit, aut ex alia causa possidere coeperit: non inique cogitur ejus nomine judicium accipere. Aliter enim potestas dabitur legatis, hac specie res alienas domum auferendi.

gensstücke bestimmt worden zu seyn. So sollen der Prätor und die Provinzialstatthalter denjenigen Pupillen und Curanden Vormünder bestellen, deren Vermögen sich in ihrem Sprengel befindet [130]). Und das Decret bei Veräußerung eines Grundstücks wird von dem Statthalter erlassen, in dessen Provinz dasselbe belegen ist [131]).

Das forum rei sitae selbst für die actio in rem finden wir zuerst in einer Constitution von Valentinian, Theodosius und Arcadius vom Jahr 385. Es ist L. 3. C. ubi in rem actio (3, 19.):

> Actor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur. Sed et in locis, in quibus res, propter quas contenditur, sitae sunt, jubemus in rem actionem adversus possidentem moveri [132]).

---

130) Fragm. Vat. §. 232. Ulp. de officio Praetoris tutelaris. Observari autem oportet, ne his pupillis tutorem det, qui patrimonia in his regionibus habeat, quae sunt sub juridicis, ut Cl. Pompejano praetori Imperator noster rescripsit: multo magis si in provincia sit patrimonium, licet is (qui) (Sav. cui) petitur in urbe consistat. L. 27. pr. D. de tut. et cur. (26, 5.) Hermog. Andre Stellen erklären freilich auch den judex domicilii oder originis für competent. L. un. C. ubi petantur. (5, 32.) Antonin. L. 1. §. 2. D. de tut. et cur. wenn in dieser letzten Stelle nicht eos statt eis gelesen wird. S. oben Note 13.

131) L. 16. C. de praed. min. (5, 71.) Ein Rescript von Diocletian und Maximian, also aus derselben Zeit wie die Stelle der Vaticanischen Fragmente.

132) Auffallend ist die Uebereinstimmung des Ausdrucks in dieser und der oben angeführten Stelle der Vat. Fragmente, bei entgegengesetzter Entscheidung. Doch ist dieß kein hinreichender Grund, die Stelle des Codex für eine willkührliche Umbildung jener zu er-

Die Fassung dieser Stelle macht es höchst wahrscheinlich, daß gerade durch dieses Gesetz das forum rei sitae zuerst eingeführt wurde. Denn es wird die bekannte Regel des alten Rechts, daß bei allen Klagen der Kläger dem Beklagten in seinen persönlichen Gerichtsstand folgen müsse, vorausgeschickt, und dann die neue Regel in befehlendem Ausdruck vorgeschrieben. Bestätigt wird diese Annahme durch die Vergleichung dieser Stelle mit den übrigen Quellen. Es ist die einzige Stelle der Justinianischen Compilation, die ex professo davon spricht. Aus ihr allein sind deshalb auch alle specielleren Grundsätze abzuleiten. Zweierlei wird besonders hier zu bestimmen seyn: 1) die Bedingungen des Gerichtsstandes selbst, 2) sein Verhältniß zu andern Gerichtsständen. Auf beides werde ich mich indeß nur insofern einlassen, als es in den oben bezeichneten Plan dieser Abhandlung gehört.

Was zuvörderst die Bedingungen und den Umfang dieses Gerichtsstandes betrifft, so ist vor allem zu untersuchen, für welche Klagen unsre Stelle ihn vorgeschrieben habe. Die Worte: jubemus in rem actionem adversus possidentem moveri können, wie mir scheint, nur von der rei vindicatio, der Eigenthumsklage gegen den Besitzer verstanden werden. Daß persönliche Klagen, selbst actiones in rem scriptae nicht damit gemeint seyn können, wird niemand bezweifeln, der mit dem Sprachgebrauch der Rechtsquellen bekannt ist [133]). Aber selbst für

---

klären. Denn dann müßte ja auch Inscription und Subscription erdichtet seyn. Eher mögen die Verfasser dieses Gesetzes jenes ältere Rescript vor Augen gehabt haben.

133) Und doch wird dieser Ausdruck von den Neuern sehr häufig auch darauf bezogen.

alle Klagen, die nicht in personam sind, actiones in rem im weitesten Sinne kann der Gerichtsstand der belegnen Sache aus unsrer Stelle nicht bewiesen werden. Denn daß in rem actio hier, wie auch sonst sehr häufig, in dem engern Sinne für die Vindication zu nehmen sey, geht aus dem Zusatz adversus possidentem hervor. Bekanntlich sind nicht alle actiones in rem gegen den Besitzer gerichtet, der rei vindicatio ist dieß aber vorzugsweise eigen [134]). Zwar gilt dasselbe auch von der hereditatis petitio, und daß auch bei dieser das forum rei sitae gegolten habe, sucht man noch aus einer andern Stelle zu beweisen, der L. un. C. ubi de hereditate agatur, vel ubi heredes scripti in possessionem mitti postulare debeant (3, 20.). Allein nach der richtigen Erklärung spricht diese Stelle für das Gegentheil, wie nun gezeigt werden soll. Auch hierbei werde ich indeß die von Andern schon vorgebrachten Argumente nur kurz berühren [135]) und vorzugsweise das bemerken, was sich aus der Vergleichung mit der neuen Nachricht in den Vatikanischen Fragmenten ergiebt. Die Stelle lautet so:

> Illic ubi res hereditarias esse proponis, heredes in possessionem rerum hereditariarum mitti postulandum est. Ubi autem domicilium habet, qui convenitur, vel si ibi, ubi res hereditariae sitae sunt, degit, hereditatis erit controversia terminanda.

---

134) §. 2. Inst. de act. L. 25. pr. D. de obl. et act.

135) Man vergl. Vultejus im Commentar zu Cod. Ubi de hereditate und Glück Pand. Comm. VI. 2. S. 328. wo die Meinungen und Argumente älterer Schriftsteller angegeben sind.

Es ist ein Rescript von Valerian und Gallien vom Jahr 261. Am Ende des dritten Jahrhunderts unter Diocletian war das forum rei sitae für actiones in rem noch unbekannt. Also kann diese Stelle, wenn wir sie in ihrer ursprünglichen Gestalt besitzen, diesen Gerichtsstand nicht anerkennen. Auch führt der ganze Zusammenhang darauf, daß das forum rei sitae für die hereditatis petitio darin geleugnet werden soll. Sie sagt nehmlich: die provisorische missio in possessionem muß bei dem Magistrat des Orts gesucht werden, wo die Sachen belegen sind. Der Streit über das Erbrecht selbst aber, die hereditatis petitio, muß da verhandelt und entschieden werden, wo der Beklagte sein Domicil hat. Es werden zwei Rechtsmittel einander entgegengesetzt, und für jedes etwas Verschiednes behauptet, für das erste gilt das forum rei sitae, für das zweite das forum domicilii. Was soll aber der Zusatz: vel si ibi, ubi res hereditariae sitae sunt, degit? Hierin will man das forum rei sitae auch für die hereditatis petitio finden. Gehören diese Worte der Stelle ursprünglich an, so ist klar, sie können von diesem Gerichtsstande nicht reden. Sie könnten freilich im Sinne des spätern Rechts interpolirt seyn. Allein dann wird man zugeben, daß es eine höchst ungeschickte Interpolation sey, indem der einfache Sinn am einfachsten so: vel ubi res hereditariae sitae sunt, ausgedrückt werden konnte. Wozu der Zusatz: vel si ibi degit, welcher, was jene Worte sagen, schwächt, und zur Hälfte wieder aufhebt? Man sagt freilich: es sey dieß, daß der Beklagte an diesem Orte angetroffen werde, eine allgemeine Bedingung des forum rei sitae, oder wenigstens für die-

sen Fall [136]). Allein man beweist dieß eben nur aus unsrer Stelle, während die Hauptstelle in dieser Materie, die L. 3. C. ubi in rem actio, nichts davon sagt, und die Natur dieses Gerichtsstandes auf das Gegentheil führt. Denn gerade darin liegt ja der Vortheil für den Kläger, daß auch der abwesende Beklagte sich hier einlassen muß, oder die missio in possessionem erleidet [137]). Am natürlichsten werden daher jene Worte auch auf das Domicil bezogen, und enthalten, wenn wir sie im Zusammenhang der ganzen Stelle denken, keinen ganz müßigen Zusatz. Die Kaiser sagen nehmlich: die missio in possessionem sey da, wo die Erbschaftssachen belegen sind, zu suchen; die hereditatis petitio aber im Domicil des Beklagten, also ungeachtet des innern Zusammenhanges vor einem andern Richter anzustellen. Wie natürlich und der Fassung eines Rescriptes gemäß ist es, daß sie hinzufügen: es müßte denn der Beklagte sein Domicil an dem Orte haben, wo die Sachen belegen sind; dann könne derselbe Richter, der die provisorische Verfügung traf, auch die Hauptsache entscheiden [138]).

---

136) Das erste nimmt an Cujac. in Paratitl. Cod. ubi de hereditate. Das zweite Vultejus a. a. O. Heffter Instit. des Civilproz. S. 143. Linde Civilprozeß §. 62. Daß die hereditatis petitio eine mixta personalis actio sey, entscheidet in der That nicht dafür; denn auch bei persönlichen Klagen ist es ja nicht nöthig, daß der Beklagte am Gerichtsort angetroffen werde.

137) Vgl. L. 2. C. ubi in rem act.

138) So erklärt die Stelle auch Donellus Comm. jur. civ. XVII. 17. vgl. Glücks Pand. Comm. a. a. O. — Ich übergehe hier absichtlich das Argument für diese Ansicht, aus dem Zusammenhang dieser Stelle mit L. 2. C. de interdictis cf. Cujac. Obss.

Aus den angeführten Stellen also läßt es sich nicht beweisen, daß der Gerichtsstand der belegnen Sache für andre actiones in rem als die Vindication gegolten habe. Indessen ist es sehr möglich, daß die Eigenthumsklage hierin, wie in so vielen anderen Beziehungen, den übrigen actiones in rem zum Muster gedient habe, und daß auch bei diesen das forum rei sitae angenommen worden sey, wenn auch die Quellen kein ausdrückliches Zeugniß dafür enthalten sollten. Für das neueste Justinianische Recht freilich ist dieß gewiß durch Nov. 69. Aus dieser muß daher die ausgedehntere Praxis gerechtfertigt werden, was von frühern Schriftstellern wohl nur deshalb übersehen wurde, weil sie den Beweis aus jenen andern Stellen für ganz sicher hielten.

Diese Verfügung Justinians, Nov. 69., scheint mir überhaupt von viel umfassenderer Bedeutung für die Lehre von den Gerichtsständen, als die meisten Schriftsteller annehmen. Man bezieht sie gewöhnlich nur auf das forum delicti commissi [139]), und erwähnt nur gelegentlich, daß auch das forum rei sitae darin berührt sey [140]). Das Gesetz selbst aber hat, wie mir scheint, den viel umfassen-

---

V. 19. Huber Praelect. jur. civ. II. 5. tit. 1. §. 49. und aus L. 29. §. 4. D. de inoff. test.

139) Martin bürg. Proz. §. 49. Note 9. Die erste Veranlassung hierzu mag der Auszug der Novelle in Auth. qua in provincia C. ubi de crim. gegeben haben.

140) Cujac. expos. Nov. 69. Heffter a. a. O. Der Letztere glaubt, daß die Novelle außerdem ein neues Verfahren vorgeschrieben habe. Allein das hier beschriebne Verfahren, wenn der Beklagte vom Gerichtsort entfernt ist, und sich den Ladungen des Richters nicht stellt, mit missio in possessionem, und einseitiger Fortsetzung der Sache, ist ganz das gewöhnliche des späteren Rechts, wie es insbesondre schon in L. 13. C. de judiciis vorkommt.

deren Zweck, die verschiednen speciellen Gerichtsstände, forum rei sitae, contractus und delicti commissi auf Ein allgemeines Princip zurückzuführen, und zu Gunsten des Klägers möglichst zu erweitern. Die Veranlassung des Gesetzes war nehmlich, wie das principium berichtet, die, daß reiche und mächtige Beklagte durch Berufung auf ihr forum domicilii oder privilegiatum in der Hauptstadt oder in einer entlegnen Provinz den Klägern die Verfolgung ihres Anspruchs sehr erschwerten, oder ganz unmöglich machten. Diesem Unrecht zu steuern, verfügt der Kaiser (Nov. 69. c. 1.):

— ὡς ε ἑκασος ἐφ' ἡς ἐπαρχιας πλημμελει, ἢ ἐφ' ἡς χρηματων ἢ ἐγκληματων ὑπευθυνος γινεται [εἰτε περι γης ὁριων, εἰτε περι δεσποτειας, εἰτε περι νομης, ἢ ὑποθηκης, ἢ περι ἑτερας οἱασδηποτε προφασεως] ἐκεισε και τας ὑπευθυνας ὑπεχειν· τυτο δη το και τοις προ ἡμων νομοθεταις ποικιλως μεν, ειρημενον δε ὁμως, εἰ και μη καθαρως, και ὡς ἡμεις αὐτο διενοηθημεν. ἀλλα μηδε ζητειν ὑπερορια πλεονεκτειν [141]).

---

141) Homberg zu Bach übersetzt diese Worte so: ut unusquisque in provincia, in qua deliquit, vel in qua pecuniae vel criminis reus est (sive de finibus terrae, sive de dominio, sive de possessione, aut hypotheca, aut alia quacunque causa agatur) ibi quoque judicium accipiat (id quod et ab anterioribus legislatoribus varie quidem dictum est, etsi non pure, nec sicut nos illud excogitavimus) non vero extra terminos provinciae litigare studeat. Man vergl. noch das princ., worin diese allgemeine Beziehung auf Klagen aller Art gleichfalls ausgesprochen ist.

Offenbar ist hier nicht bloß von actiones ex maleficio die Rede, sondern von Klagen aller Art, für welche ein neuer Gerichtsstand da angeordnet wird, wo die den Beklagten obligirende Thatsache vorgekommen ist, sey dieß nun ein Contract, oder ein Delict, der Besitz bei der Vindication und actio hypothecaria, oder sonst irgend eine verletzende Handlung, die die Klage begründet, damit nur der Kläger da klagen könne, wo er das Unrecht erlitten hat, und nicht nöthig habe, dem Beklagten in sein Forum zu folgen. Und dieß soll eine Erweiterung seyn von dem, was schon die frühern Gesetzgeber, nur nicht durchgreifend genug, angeordnet hatten; d. h. es sollen die einzelnen und beschränkteren speciellen Gerichtsstände des ältern Rechts hiermit auf Ein Prinzip gegründet, und möglichst ausgedehnt werden [142]). Wie unglücklich dieser Versuch ausgefallen, wie unbestimmt Justinians Verfügung und wie schwierig ihre Anwendung sey, wenn wir sie in diesem Sinne nehmen, wird Jedem einleuchten. Indeß scheint mir Folgendes ziemlich sicher. 1) Wir sind durch dieß Gesetz authorisirt, jene speciellen Gerichtsstände, also namentlich das forum rei sitae, möglichst weit auszudehnen. 2) Für

---

142) Schon nach dem ältern Recht bestand für Contractsobligationen das forum contractus; das forum delicti commissi nicht für alle actiones ex maleficio, sondern nur für die possessorischen Klagen, nach L. un. C. ubi de possessione, das forum rei sitae vielleicht nur für die Vindication, nicht für die übrigen actiones in rem. Dieß nennt Justinian ποικιλως, varie. Er machte eine durchgreifende Verfügung (καθαρως): alle actiones ex maleficio sollen im foro delicti commissi angestellt werden, alle actiones in rem im forum rei sitae, und überhaupt Jeder da zu Recht stehen, wo er sich dem Kläger verpflichtet hat.

diese Ausdehnung, was das forum rei sitae betrifft, ist uns hier als allgemeiner Gesichtspunkt der gegeben: wo das Recht des Klägers verletzt wird, muß der Beklagte ihm auch zu Recht stehen [143]).

Hiernach ist das forum rei sitae, in Uebereinstimmung mit der Praxis, anzunehmen: 1) für alle Klagen aus dinglichen Rechten, Eigenthum, Servituten, Pfandrecht u. s. w., wobei als innerer Grund in Betracht kommt, daß das dingliche Rechtsverhältniß an Ort und Stelle am leichtesten ermittelt wird. 2) Für die hereditatis petitio, für welche der so eben angeführte Grund nicht eintritt, insofern sie gegen den Besitzer körperlicher Erbschaftssachen gerichtet ist; weil auch hier der Besitz die rechtsverletzende Thatsache bildet. 3) Bei den actiones mixtae, den Theilungsklagen. Diesen liegt mittelbar ein dingliches Verhältniß zum Grunde, und ebendeßhalb kann man sagen, daß die Rechtsverletzung am Ort, wo die Sache belegen ist, erfolge. Für die actio finium regundorum sagt es überdieß die Novelle ausdrücklich. 4) Bei denjenigen actiones in rem scriptae, die gegen den Besitzer einer körperlichen Sache als solchen gehen, z. B. actio ad exhibendum, wieder nach dem allgemeinen Princip der angeführten Novelle.

Soviel von den Klagen, bei welchen das forum rei sitae eintritt. Was den Gegenstand derselben, die körperliche Sache betrifft, deren Lage diesen Gerichtsstand bestimmt, so kann dieß nach dem allgemeinen Ausdruck der

---

143) Also ein ganz ähnlicher Gesichtspunkt, wie er der Entscheidung der L. 24. §. 2. L. 25. D. de judiciis (Note 120.) zum Grunde liegt.

L. 3. C. ubi in rem „res propter quas contenditur“ sowohl eine bewegliche als eine unbewegliche Sache seyn [144]).

Auch über das Verhältniß des forum rei sitae zu dem persönlichen Gerichtsstand des Beklagten giebt die erwähnte Stelle sehr unzweideutige Auskunft. Die Verbindung des zweiten Satzes mit dem ersten durch sed et erhebt es über allen Zweifel, daß das forum rei sitae nicht ausschließend gelten, sondern mit dem persönlichen Gerichtsstand des Beklagten concurriren soll [145]). Die Worte: jubemus — moveri müssen also übersetzt werden: wir verordnen, daß die Klage da angestellt werden könne.

Ungeachtet dieser Bestimmtheit der Gesetze ist über beide Punkte in älterer und neuerer Zeit häufig eine entgegengesetzte Ansicht behauptet worden, wobei die eigenthümlichen Grundsätze des germanischen Rechts gewiß nicht ohne Einfluß waren. Denn auch in andern Fällen sind ja bekanntlich die Schriftsteller des gemeinen Rechts, ihnen selbst unbewußt, durch germanische Rechtsprincipien bestimmt worden. Auch der Deutschen Gerichtsverfassung ist nehmlich seit der ältesten Zeit das forum rei sitae bekannt; jedoch nur in Anwendung auf Grundstücke; hier aber als ausschließender Gerichtsstand [146]). Es hing dieß mit der

---

144) L. 24. §. 2. L. 25. D. de judiciis (Note 120.), die man gewöhnlich anführt, enthalten höchstens ein Argument dafür.

145) Actor rei forum sive in rem sive in personam sit actio sequitur. Sed et in locis, in quibus res, de quibus agitur, sitae sunt, jubemus in rem actionem adversus possidentem moveri.

146) Lex. Alemann. tit. 84. v. comes de plebe illa.

Verfassung der alten freien Gemeinden zusammen. Da nehmlich der Antheil an der Gemeinde von dem Besitz eines freien Gutes im Gau abhing, so war es natürlich, daß über das Recht an einem solchen Grundstück, und damit zugleich über die Genossenschaft, die Gemeinde selbst, die es betraf, oder das Gaugericht, welches sie repräsentirte, entschied [147]). Indessen ist der Einfluß dieser germanischen Rechtsansicht in den beiden vorhin angegebnen Beziehungen nicht auf gleiche Weise merklich, und überhaupt der Gang der Dogmengeschichte in beiden Punkten ein verschiedner gewesen.

Schon unter den ältern Glossatoren wollten Einige das forum rei sitae nur bei Grundstücken, bei beweglichen Sachen nur Arrest oder Cautionsforderung, nicht die Klage am Ort, wo die Sache angetroffen wird, zulassen [148]). Ob germanische Rechtsansicht hierbei mitgewirkt habe, wage ich nicht zu entscheiden, da ich nicht weiß, ob auch in Italien der Zusammenhang der Gemeindeverfassung mit dem Grundbesitz sich so vollständig ausgebildet oder doch längere Zeit erhalten hat; und da in der That auch die Natur der Sache auf jene Unterscheidung beweglicher und unbeweglicher Sachen führen konnte. In Deutschland zeigt

---

Sächs. Landr. III. 33. Schwäb. Landr. cap. 87. IV. cap. 130. ed. Senk. Vgl. Heinecc. Elem. jur. germ. III. §. 76.

147) Vgl. Rogge Gerichtswesen der Germanen. §. 10. S. 51.

148) Hugolinus behauptete dieß, und ihm folgte Accursius. Das Gegentheil Azo, und seine Schüler. S. Glossa ord. in L. 3. C. ubi in rem. Azo Summa und Apparat. ibid Spätere distinguirten. S. Jo. Andreae zu Durantis Spec. tit. de compet. jud. adit. §. 1. n. 17. und Bartolus und Baldus zu L. 3. C. ubi in rem actio.

sich in dieser Beziehung ein solcher Einfluß nicht. Denn seit der Reception des Römischen Rechts ist selbst die Praxis für die Gültigkeit des forum rei sitae in beiden Fällen entschieden [149]).

Gerade umgekehrt finde ich über den zweiten Punkt bei den Glossatoren nur die quellenmäßige Ansicht, daß mit dem forum rei sitae der persönliche Gerichtsstand des Beklagten concurrire [150]). Auch in den Quellen des canonischen Rechts und bei ihren Interpreten finde ich keine Spur der entgegengesetzten Ansicht [151]). Erst in dem sechszehnten Jahrhundert erscheint sie bei theoretischen und praktischen Schriftstellern. Auf die erstern hat Donellus hierin einen entscheidenden Einfluß geübt, welcher meines Wissens zuerst die ausschließende Gültigkeit des forum rei sitae in den Quellen des Römischen Rechts zu finden

---

149) Sichardus in L. 3. C. ubi in rem. Mevius Decis. IV. 74. VI. 347.

150) Accursius zu L. 3. C. ubi in rem v. res trägt dieß als einen unbestrittenen Grundsatz vor. Vgl. Baldus ibid. Aeltere Glossatoren zweifelten selbst daran, ob der Beklagte genöthigt werden könne, sich im forum rei sitae einzulassen, oder ob es von seiner Willkühr abhänge, wodurch es freilich aufhören würde, ein eigenthümlicher Gerichtsstand zu seyn. Das Gegentheil als der Praxis gemäß bezeugt Hostiensis in Summa Decr. de foro compet. n. 5. de rescriptis n. 32. de feudis n. 12.

151) Hefftter Civilproz. S. 143. glaubt zwar, das canonische Recht habe für diese entschieden in c. 3. X. de foro comp. Sane si episcopi, inter quos causa versatur, sint diversarum provinciarum: ille Primas det judices, in cujus provincia est locus, de quo contenditur. Allein in dieser Vorschrift scheint mir durchaus nicht zu liegen, daß das forum rei sitae ausschließend gelten solle. Auch die Interpreten der ältern und neuern Zeit finden dieß nicht darin. S. Glossa h. c. und in cap. 20. X. eod. Gonzalez Tellez Comm. ad c. 3. cit.

glaubte [152]). Daß aber auch unter den Praktikern und in der Praxis der Gerichte diese Ansicht sehr verbreitet war [153]), ist wohl weniger dem Einfluß der Theorie, als einer Nachwirkung der ältern Deutschen Gerichtsverfassung zuzuschreiben, deren Grundsätze über diesen Punkt ja selbst die Reichsgesetze des funfzehnten Jahrhunderts noch anerkennen [154]). Später haben die Meinungen der Schriftsteller, welche praktische Autorität genießen, sehr geschwankt [155]). In der neuern Zeit hat die Parthey, welche sich für die Concurrenz der Gerichtsstände erklärt, das Uebergewicht [156]) und so ist wohl in dieser Rücksicht der Sieg des Römischen Rechts als entschieden zu betrachten. Deshalb und weil in der That von beiden Seiten schon alles gesagt ist, was sich darüber sagen läßt, halte ich es für überflüssig, auf die merita causae bei diesem Streit einzugehen. Nur Ein neues Argument gegen die Interpretation des Donellus, und derer die ihm folgen, wird hier an seiner Stelle

---

152) Donellus Comm. jur. civ. XVII. 17.

153) Matthaeus de judiciis Disp. 17. n. 4.

154) Landfr. a. 1438. §. 5. N. A. a. 1438. Art. 2. §. 1. Landfr. a. 1466. §. 8.

155) Für die Ausschließlichkeit des forum rei sitae ist Zanger de except. II, 1. n. 343—352. Voet Comm. in D. de judiciis §. 77. wenigstens bei Grundstücken, wie es dem ältern deutschen Recht gemäß ist. Dagegen sind Schilter, Leyser, Pufendorf u. A.

156) Vgl. Danz bürg. Prozeß §. 27. Note m. Martin bürg. Proz. §. 45. Note f. Glück Pand. Comm. §. 515. Thl. VI. 1. S. 287. Linde bürg. Proz. §. 62. und die daselbst angeführten Schriftsteller. Heffter Civilproz. S. 143. nimmt noch das Gegentheil an.

seyn, indem dadurch die Quellenmäßigkeit der herrschenden Ansicht noch mehr bestätigt wird.

Donellus beweist die Ausschließlichkeit des forum rei sitae hauptsächlich aus L. 38. D. de judiciis von Licinius Rufinus, welche also lautet:

> Quod legatur, si quidem per personalem actionem exigetur, ibi dari debet, ubi est: nisi si dolo malo heredis subductum fuerit: tunc enim ibi dari debet, ubi petitur. Praeterea quod pondere aut numero aut mensura continetur, ibi dari debet ubi petitur: nisi si adjectum fuerit, *centum modios ex illo horreo*, aut *vini amphoras ex illo dolio*. Si autem per in rem actionem legatum petetur, etiam peti debet, ubi res est. Et, si mobilis sit res, ad exhibendum agi cum herede poterit, ut exhibeat rem: sic enim vindicari a legatario poterit.

Es läßt sich nicht leugnen, daß die Erklärung des Donellus durch den Zusammenhang der Stelle sehr begünstigt werde. Bei der persönlichen Klage, scheint sie zu sagen, soll die Sache nur da gegeben werden, wo sie ist. Mit der actio in rem muß aber selbst an diesem Orte geklagt werden. Und alle Interpreten, die das ibi peti debet auf das forum rei sitae beziehen, haben große Mühe darzuthun, daß es nicht für unbedingt nothwendig erklärt werde. Für uns aber, die wir aus der Stelle der Vaticanischen Fragmente wissen, daß das forum rei sitae dem alten Römischen Recht ganz unbekannt war, kann es nicht zweifelhaft seyn, daß Licinius Rufinus von diesem Gerichtsstande nicht gesprochen haben könne.

Besitzen wir also die Stelle in ihrer ursprünglichen Gestalt, so müssen die Worte: etiam ibi peti debet, etwas Anderes heißen. Denn auch, daß für die Vindication einer legirten Sache ein besondrer ausschließender Gerichtsstand gegolten haben sollte, ist höchst unwahrscheinlich [157]). Schon dieß ist wichtig. Die Erklärung des Donellus setzt die Interpolation dieser Stelle voraus, die der Regel nach doch nur da anzunehmen ist, wo dringende Veranlassung dazu war. Diese fehlt aber hier durchaus. Angenommen aber auch die Stelle sey interpolirt, und die Compilatoren hätten die Beziehung auf das forum rei sitae hereingelegt, so wird, wer die Interpolationsweise derselben kennt, zugeben, daß auf den Zusammenhang der ganzen Stelle und den Gegensatz: ibi dari debet, und etiam ibi peti debet, kein großes Gewicht gelegt werden könne. Ferner ist es höchst unwahrscheinlich, daß Justinian einen sonst in seiner ganzen Gesetzgebung nicht vorkommenden Rechtssatz durch Interpolation einer einzelnen Pandektenstelle habe aussprechen wollen. Auf alle Weise, die Worte mögen ächt oder eingeschoben seyn, müssen sie also anders gedeutet werden. Folgende Erklärung, die sich auch schon bei Vinnius angedeutet findet [158]), scheint mir die richtige.

Zuvörderst ist daran zu erinnern, was schon oben (Note 50) bemerkt wurde, daß peti ein allgemeiner unbestimmter Ausdruck sey, für die Geltendmachung einer Forderung überhaupt, nicht bloß für die Klage. Zweitens daß nach einem sehr natürlichen Sprachgebrauch das, was

---

157) Dieß scheint Hefftter a. a. O. anzunehmen.

158) Vinnius selectae quaest. I. 18.

eigentlich von der Leistung gilt, durch eine Zusammenziehung im Ausdruck auf die Forderung übertragen zu werden pflegt. Nehmen wir nun noch hinzu, daß in unsrer Stelle gar nicht vom Gerichtsstande, sondern von dem Erfüllungsort bei Legaten die Rede ist, so werden wir die Worte: peti debet, ubi res est nicht übersetzen: es muß da geklagt werden, wo die Sache ist, sondern: das Legat muß, kann nur da gefordert werden, wo die Sache sich befindet, d. h. der Erbe braucht sie nur da zu leisten. Zwar wird in den vorhergehenden Worten: si per in rem actionem petetur, eine bestimmte Form der Klage, also der Fall des Prozesses vorausgesetzt. Allein jene Erklärung ist dessenungeachtet zulässig. Denken wir Alles, was in der Stelle nicht ausgesprochen ist, hinzu, so ist der vollständige Zusammenhang dieser. Der Legatar stellt die actio in rem an, im Domicil des Erben. Die Sache ist aber anderwärts. Er beweist sein Recht an der Sache, und der Judex spricht sie ihm zu. Nun fragt es sich, wo der Beklagte sie herausgeben müsse. Nun sagt unsre Stelle: der Kläger kann sie nur da fordern, wo sie ist. Gewiß wird in dieser Verbindung Niemand diesen Ausdruck dunkel oder anstößig finden. Darauf daß die Sache von dem Gerichtsort entfernt gedacht wird, deutet auch die Erwähnung der actio ad exhibendum am Ende der Stelle, durch welche deren Herbeischaffung gefordert werden kann.

Allerdings verliert nach dieser Erklärung die Stelle an Concinnität, indem bei gleicher Entscheidung im ersten und zweiten Fall der durch si quidem und si autem angedeutete Gegensatz beinahe verschwindet; und durch das etiam (gleichfalls) ganz aufgehoben zu werden scheint.

Nur dadurch läßt sich der Ausdruck unsrer Stelle rechtfertigen, daß die beiden Fälle, der actio in personam und actio in rem, im Allgemeinen einen wesentlichen Gegensatz bilden, ja selbst in der hier berührten Beziehung unter verschiedenen höhern Regeln stehen, die nur in der Anwendung auf dasselbe praktische Resultat führen. Nehmlich bei der actio in rem folgt die vorgetragene Regel über den Erfüllungsort aus der Natur der Klage als einer actio arbitraria, also aus allgemeinen Grundsätzen. Bei der persönlichen Klage, die stricti juris ist, ist es eine singuläre Begünstigung des Onerirten [159]).

---

159) S. oben Note 108.

II.

Ueber die Legitimation zur Sache.

Bei dem überwiegend wissenschaftlichen Charakter unsres Rechtszustandes gehört die Ausbildung des Rechtssystemes seinem innern Zusammenhange nach, die Entwicklung der leitenden Grundsätze und ihre Anwendung, die richtige Bestimmung allgemeiner Rechtsbegriffe, ja selbst die Ausbildung einer sachgemäßen Kunstsprache, zu den praktisch wichtigsten Aufgaben der Jurisprudenz. Sollen wir aber bei diesem Geschäft uns nicht in eine leere, die freie Anwendung des Rechts hemmende Scholastik verlieren, so müssen wir den natürlichen Anfangspunkt, welchen das Leben giebt, im Auge behalten, und zu ihm zurückkehren, wenn eine willkührliche Theorie sich von demselben entfernt haben sollte. Ein in diesem Sinne unrichtiges Streben nach innerer Consequenz hat von jeher in allen Rechtstheilen um so mehr geschadet, als die praktischen Juristen durch solche bei ihrer wissenschaftlichen Vorbildung eingesogene Theorien auf unbewußte Weise leicht beherrscht und irre geleitet werden. Dann ist es eine wichtige Aufgabe der Wissenschaft, diese Theorien zu vernichten. Auf diese Weise ist im Ei-

vilrecht, um ein bekanntes, wenn gleich weniger wichtiges Beispiel zu wählen, die verwirrende Lehre von Titulus und Modus acquirendi entstanden, von Hugo aber mit Recht verbannt worden, weil in der That über das Verhältniß der verschiedenen Bedingungen des Eigenthumserwerbs eine allgemeine Theorie sich nicht aufstellen läßt. Aehnlich verhält es sich in dem Civilprozeß mit der Lehre von der Legitimation zur Sache, welcher deshalb nach meiner Ueberzeugung nur auf dem bezeichneten Wege geholfen werden kann. Dieser Aufsatz enthält einen Versuch dieser Art, welchen wohl Niemand für überflüssig halten wird. Denn den frühern Schriftstellern ist es nicht einmal gelungen, ihrer Theorie den strengen innern Zusammenhang zu geben, dem sie nachstrebten [1]), und auch die

---

1) Schriften, deren ausschließender Gegenstand diese Lehre ist, sind: Slevogt Diss. de exceptione legitimationis ad causam. Jenae 1695. 4. Ludovici D. de legitimatione ad causam. Hal. 1712. 4. Carrach D. de vera indole exceptionis legitimationis ad causam. Hal. 1737. Die letzte habe ich nicht benutzen können. Carrachs Ansicht enthält übrigens seine Anweisung zum Prozeß Abschn. 1. Kap. 4. §. 3. S. 62. und ihr folgt nach Genslers Zeugniß Danz. Von allgemeinen Werken können verglichen werden: Schaumburg princ. prax. jur. jud. pag. 134. sq. Sieber gerichtl. Prozeß §. 392 bis 395. Jo. Andr. Hofmann Teutsche Reichspraxis Th. I. §. 355. 115. Claproth bürg. Proz. §. 140. 70. 71. Danz bürg. Proz. §. 124. 125. Grolmann Theorie des gerichtl. Verf. §. 56. Gönner Handbuch des gemeinen Proz. Bd. I. Nr. 15. Von Systemen des Civilrechts: Hofacker princ. jur. civ. §. 4264. Thibaut Pand. §. 1058. Ueber Particularrechte, unter welchen das Sächsische auch hier das wichtigste ist, vgl. Pfotenhauer doctr. process. §. 219. sq. Biener syst. process. §. 34. Schweitzer Sächs. Proz. §. 34. von Kamptz Handbuch des Mecklenburg. Civilproz. ed. 2. §. 23.

Neueren, die einen richtigeren Weg einschlugen, haben die Sache nicht so erschöpft, daß nicht noch Manches zu thun übrig bliebe [2]).

Das unrömische Wort legitimare und das davon abgeleitete legitimatio hat seit dem Mittelalter, wo es zuerst vorkommt, zwei Grundbedeutungen. Es heißt erstens, Einen zum legitimus machen, d. h. ihm ein Recht oder eine Rechtsfähigkeit verschaffen, und zweitens, ihn als legitimus darstellen, sein Recht, seine Befugniß zu gewissen Handlungen beweisen. In diesem letztern Sinne kommt es besonders im Prozeß vor. So legitimirt sich der Judex delegatus durch Vorlegung seines Commissorii, und von den Partheyen und ihren Beiständen fordert der Richter von Amtswegen oder der Gegner durch eine Einrede [3]) in verschiednen Beziehungen Legitimation. Die Partheyen selbst müssen die für Prozesse überhaupt nothwendige Handlungsfähigkeit nachweisen (legitima persona standi in judiciis, legitimatio personae) [4]). Die Advocaten und

---

2) Gensler Handbuch zu Martin Nr. V. S. 101 — 183. Er sagt selbst Note 42. S. 128. „Giebt es höhere allgemeine Principien dieser Lehre, oder läßt sich das Specielle mit mehr Umfang und Klarheit entwickeln, so thue man der wichtigen Sache die Ehre an, und enthebe sie der bis jetzt über sie verbreiteten Dunkelheit. Kein Rechtsgelehrter hat noch den Nebel verscheucht, auch nicht Grolmann oder Gönner". Gensler folgt Linde Civilprozeß §. 92. 93. Auch Martin bürg. Proz. §. 34. 35. hat schon zum Theil die Ansicht, die ich für die richtige halte.

3) Gewöhnlich exceptio legitimationis schlechthin genannt. Zanger de except. II. 8. Slevogt l. c. §. 4. 5.

4) S. die in der vorigen Note angeführten Schriftsteller und Gensler a. a. O. §. a. Die exceptio legitimationis heißt hier auch exc. inhabilitatis.

und Procuratoren ihre auf obrigkeitlicher Concession beruhende Befugniß, Rechtssachen zu führen (legitimatio ad praxin) [5]). Die Procuratoren, und Jeder, der als Repräsentant einer Parthey im Prozeß auftreten will, muß sich überdieß in Beziehung auf diese bestimmte Sache legitimiren, d. h. nachweisen, daß er als Mandatar oder Vormund u. s. w. Macht habe, in dieser ihm fremden Sache zu handeln (legitimatio ad processum, ad acta) [6]). Ganz auf dieselbe Weise verlangt man nun auch von den Partheyen selbst eine Legitimation in Beziehung auf diese bestimmte Rechtssache, und nennt diese legitimatio ad causam, Legitimation zur Sache [7]). Man fordert nehmlich von dem Kläger den Beweis 1) daß er der rechte Kläger, d. h. daß er, die Existenz des streitigen Rechtsverhältnisses vorausgesetzt, derjenige sey, der es mit Recht geltend machen und verfolgen könne (legit. ad caus. activa), 2) daß auch der, den er in Anspruch nimmt, der rechte Beklagte, d. h. derjenige sey, welcher wirklich aus jenem Recht in Anspruch genommen werden könne (legit. ad causam passiva). Neuere haben dieß auch auf den Beklagten übertragen, und fordern auch von diesem in Rücksicht seiner Einreden eine

---

5) Jo. Andr. Hofmann a. a. O. §. 189. 356. Nettelbladt prakt. Rechtsgelahrtheit §. 134. Danz §. 148. Gensler §. c.

6) Gensler a. a. O. §. 6.

7) Slevogt l. c. Ludovici l. c. §. 4. Dieser Sprachgebrauch ist jetzt der herrschende. Das Projekt des Cod. Frid. III. 10. §. 16. nennt den Beweis der legitima persona standi in judiciis und Joh. Gottl. Hofmanns nach der Churfürstl. Sächs. Prozeßord. eingerichteter modus procedendi Kap. 3. die Legitimation der Stellvertreter legitimatio ad causam.

Activ- und Passivlegitimation in demselben Sinne [8]), ja man könnte mit demselben Grunde diese Ansicht auf die replicatio und die weitern Rechtsmittel ausdehnen [9]).

Schon gegen diese Begriffsbestimmung entsteht folgendes Bedenken. Nach der Ansicht des Römischen Rechts bildet den Hauptinhalt, die materielle Grundlage des Prozesses ein Rechtsverhältniß zwischen dem Kläger und dem Beklagten, welches actio heißt und obligatorischer Natur ist; d. h. es ist wie die obligatio ein Rechtsverhältniß zwischen zwei bestimmten Personen mit zwei Seiten, Forderung und Verbindlichkeit, dessen Inhalt eine bestimmte Leistung des Verpflichteten bildet. Ueber die faktischen Bedingungen dieser actio läßt sich im Allgemeinen nur so viel sagen, daß sie in der Person des Klägers durch irgend ein klagbares Recht, in der Person des Beklagten durch die Verletzung dieses Rechts bedingt sey [10]). Diese zwei Stücke bilden den eigentlichen Klaggrund, welchen der Kläger beweisen muß. Wir können dieß den Hauptbeweis nennen, weil von dessen Gelingen der Ausgang des ganzen Prozesses abhängt. Der Kläger muß also zuvörderst

---

8) Thibaut, Schweitzer a. a. O. und Gensler §. e. f.

9) Gensler a. a. O. S. 117. Note.

10) Es giebt Klagrechte ganz eigenthümlicher Art, bei welchen diese Darstellungsweise nicht zutrifft, z. B. in integrum restitutio, querela inofficiosi. In den regelmäßigen Fällen aber ist sie streng richtig. So ist die Vindication bedingt durch das Eigenthum des Klägers und den Besitz des Beklagten, die actio hypothecaria durch Pfandrecht und Besitz, die actio confessoria durch die Servitut des Klägers, und deren faktische oder wörtliche Verletzung durch den Beklagten; die persönlichen Klagen, durch die Forderung des Gläubigers, und die verweigerte Erfüllung des Schuldners u. s. w.

das der Klage zum Grund liegende Recht darthun, dessen Daseyn beweisen. Hiermit aber wird er auch dargethan haben, daß es ihm zustehe. Denn so wie überhaupt kein Recht gedacht werden kann, welches nicht einer bestimmten Person zusteht, so ist die Existenz dieses speciellen, von dem Kläger behaupteten Rechts, und daß es ihm zustehe, nur eine und dieselbe rechtliche Thatsache. Auch giebt es keine von dem Rechte selbst unabhängige Befugniß es geltend zu machen, oder durch Klage zu verfolgen. Also wird der Kläger durch den vollständigen Beweis seines Rechts sich auch allemal activ ad causam legitimirt haben. Bei Obligationen liegt in dem Wesen des Rechtsverhältnisses die Beziehung auf einen bestimmten Verpflichteten, es ist keine Obligation ohne Schuldner denkbar, und dieser allein kann Beklagter im Prozeß seyn. Bei persönlichen Klagen wird also schon durch den Beweis des die Klage begründenden Rechts auch die Passivlegitimation beschafft, oder bewiesen seyn, daß dieser Beklagte der rechte Beklagte sey. Bei andern Klagen aber wird dieß durch den Beweis der Verletzung geschehen, welcher gleichfalls zum Hauptbeweise des Klägers gehört. So scheint also die Legitimation zur Sache in Rücksicht des Klägers nichts anders als der Hauptbeweis. Dasselbe gilt von dem Beklagten in Rücksicht seiner exceptio, und doch soll nach der gewöhnlichen Darstellungsweise in beiden Beziehungen der Legitimationspunkt von dem Hauptbeweise, dem Beweise des Rechts selbst, wesentlich verschieden seyn [11]) und die Hauptbemü-

---

11) Carrach, Danz, Biener a. d. a. O. Gönner a. a. O. §. 2. „Wer in eignem Namen ein Recht verfolgt, bedarf kei-

hung der neuern Schriftsteller ist darauf gerichtet, diesen Gegensatz schärfer zu bestimmen [12]).

---

nes Beweises über sein Klagrecht, um den Streit zu führen; denn der Rechtsstreit selbst ist erst das Mittel, wodurch sein Klagrecht geprüft werden soll. Nur dann, wenn ungewiß ist, ob jemand überhaupt das streitige Recht, auch seinen Grund vorausgesetzt, zu verfolgen befugt sey, ob er sich das in Anspruch genommene Recht, wenn auch die Verbindlichkeit des Beklagten nicht in Zweifel gezogen wird, zueignen könne, tritt eine Ausnahme ein, nur dann kann ein solches Subjekt nicht fordern, daß man mit ihm früher den Kampf bestehe, bis es gezeigt hat, daß es mit Gültigkeit und rechtlichen Folgen über den Prozeßgegenstand in eignem Namen zu streiten befugt sey." Grolmann a. a. O. S. 63. „Es kann nehmlich nicht genügen, in der Verhandlung der Sache die Existenz des Rechts oder einer Verbindlichkeit darzuthun, wenn es nicht auch gewiß ist, daß diese Individuen gerade diejenigen Personen seyen, welchen es zukomme, diese Ansprüche zu verfolgen, oder sich dagegen zu vertheidigen. Sobald das Faktum, welches diese subjektive Berechtigung und dieses subjektive Verbundenseyn erzeugt, nicht mit dem Fakto, welches die Verbindlichkeit und das Recht selbst begründet, identisch ist — so kann nur derjenige Kläger und nur derjenige Beklagter seyn, in Ansehung welcher jenes Faktum erweislich ist. Der Beweis dieses Faktums, welcher die legitimatio ad causam enthält u. s. w. Vgl. Gensler §. e. f.

12) Gönner §. 7. „Der wesentliche Unterschied besteht darin, daß jede Eigenschaft, deren Beweis das in Anspruch genommene Recht selbst als richtig darstellt, als Hauptsache betrachtet werden muß —; dagegen jede Eigenschaft, die nur das streitende Subjekt befähigt, über den Prozeßgegenstand mit Wirkung zu streiten, und deren Beweis das verfolgte Recht selbst nicht außer Zweifel setzt" (zur Legitimation gehört). Grolmann S. 64. Note 2. „Was zur Legitimation zur Sache gehört, betrifft nie die faktischen Gründe, worauf der Anspruch des Klägers, objectiv betrachtet, beruht, sondern nur das Recht des Klägers, diesen (für sich gegründeten oder nicht gegründeten) Anspruch gegen diesen Beklagten zu verfolgen. Daher kann der Mangel der Legitimation auch nur Entbindung von dieser Verfolgung des Anspruchs (von der Instanz) zur

Indessen behaupten sie diesen Gegensatz nicht überall, sondern nur für gewisse, besonders geartete Fälle [13]). Diese näher zu betrachten, wird nöthig seyn, um jene Ansicht vollständig zu widerlegen. Es sind folgende [14]):

1) Wenn der Kläger ein ihm ursprünglich fremdes Recht, oder eine dem Beklagten ursprünglich fremde Verbindlichkeit verfolgt, welche

a) durch Erbschaft auf sie übergegangen ist. Der Beweis, daß der Kläger oder Beklagte Erbe des ursprünglich Berechtigten, oder Verpflichteten geworden, wird Activ- und Passivlegitimation genannt, und von dem Beweis des Rechts selbst, dem Hauptbeweise geschieden.

Folge haben, und die exceptio deficientis legitimationis ad causam ist eine dilatorische (gegen die Rechtsverfolgung) keineswegs eine peremptorische (gegen den Klagegrund gerichtete)." Wernher Obss. for. VIII. 454. 486. und ihm folgend Schaumburg S. 135. und Biener §. 34. Note 1. bestimmen den Unterschied darnach, ob der Legitimationspunkt in der Klagschrift angeführt ist (de parte libelli facta) oder nicht. Soll es aber ein in der Natur der Rechtsverhältnisse begründeter Gegensatz seyn, so kann dieser zufällige Umstand nicht entscheiden.

13) Gensler unterscheidet deshalb legitimatio ad causam im weitern und engern Sinn. Die erste ist mit dem Hauptbeweise identisch; die zweite in jenen besonders gearteten Fällen davon verschieden.

14) Bei den ältern Schriftstellern, z. B. Slevogt und Ludovici, sind es sehr viele. Die Neuern haben sie strenger systematisch auf die oben genannten Hauptfälle zurück geführt. S. besonders Gensler a. a. O. Außer diesen wird auch bei der Intervention, der Beweis des Interesses legit. ad causam genannt. Slevogt §. 12. Gensler im Archiv für civil. Praxis Bd. 4. S. 160 folg. — Der Kürze wegen wird hier nur von der Legitimation in Beziehung auf die Klage die Rede seyn. Die Anwendung auf die Einrede u. s. w. ist dann leicht zu machen.

b) Bei cedirten Forderungen bildet die Cession den Legitimationspunkt, von welchem das Daseyn des Rechts selbst, der Forderung, unabhängig ist.

2) Wenn das Recht des Klägers oder die Verbindlichkeit des Beklagten, mittelbar auf einem dinglichen Verhältniß beruht. Der Beweis dieses dinglichen Verhältnisses ist dann die Legitimation zur Sache. Der Beweis des Rechts oder der Verbindlichkeit selbst der Hauptbeweis. Der Hauptfall ist, daß eine Prädialservitut durch die actio confessoria verfolgt wird. Durch den Beweis des Eigenthums am praedium dominans legitimirt sich der Kläger als denjenigen, der befugt sey, die Servitut geltend zu machen, wovon natürlich die Existenz dieses Rechtsverhältnisses selbst noch unabhängig ist. Ebenso bildet das Eigenthum am praedium serviens die Passivlegitimation bei den Reallasten des Deutschen Rechts; ja selbst bei der Vindication erklären manche den Besitz des Beklagten für den Gegenstand der Passivlegitimation [15]).

3) Wenn eine persönliche Qualität die allgemeine Bedingung des Rechts oder der Verbindlichkeit ist, wobei indeß vorausgesetzt wird, daß nicht jene persönliche Qualität selbst, sondern ein besonderes nur davon abhängiges Rechtsverhältniß den eigentlichen Inhalt des Prozesses ausmache. Dann nennt man den Beweis jener Eigenschaft die Legitimation zur Sache. So bildet ein Familienverhältniß, die Blutsverwandtschaft den Legitimationspunkt bei der hereditatis petitio intestati, bei der Alimentenklage, bei dem retractus gentilitius, der Forderung

---

15) Claproth §. 71. Gensler S. 128. No. 5

des Wehrgeldes u. s. w. Ebenso das Bürgerrecht oder der Antheil an sonst einer Gemeinde oder Genossenschaft, der Stand eines Geistlichen oder Soldaten, das persönliche Rechtsverhältniß des Lehnsherrn, eines Pfarrers, Pfründners, die Legitimation des Klägers bei Ansprüchen der verschiedensten Art, die durch diese Verhältnisse bedingt sind.

In wiefern sind nun diese Fälle wirklich eigenthümlicher Art und worin liegt diese Eigenthümlichkeit? Kann wirklich hier Legitimation zur Sache und Hauptbeweis geschieden werden, wie es gewöhnlich behauptet wird? In der That liegt dieser gewöhnlichen Ansicht etwas Wahres zum Grunde, und dieß besteht in Folgendem:

Häufig ist die Bedingung des vom Kläger behaupteten Rechts nur Eine einfache Thatsache, und dann ist die Trennung der Legitimation vom Klaggrunde ganz unmöglich. In andern Fällen aber, wo das Recht des Klägers durch verschiedne von einander unabhängige Thatsachen bedingt ist, können diese verschiedenen Bedingungen in dem Verhältniß zu einander stehen, daß vermöge einiger derselben die Existenz des streitigen Rechts für irgend eine Person wahrscheinlich ist, wobei es noch unentschieden bleibt, wer dieß sey; durch die übrigen aber seine Beziehung auf ein bestimmtes Rechtssubjekt begründet wird. Diese letztern bilden dann die s. g. Activlegitimation des Klägers, die ersten nennt man den eigentlichen Klaggrund. Ebenso wenn die Verbindlichkeit des Beklagten auf mehreren Thatsachen beruht, wovon einige diese Verbindlichkeit ganz im Allgemeinen begründen, Eine aber die Beziehung derselben auf diesen bestimmten Beklagten enthält, ist dieß die

Passivlegitimation des Klägers. Ueberhaupt nennt man so die Thatsache, durch welche der Klage ihre Richtung gegen diesen bestimmten Beklagten gegeben wird, insofern sich diese Richtung nicht aus dem Rechte des Klägers und seinem Entstehungsgrunde unmittelbar ergiebt, z. B. den Besitz des Beklagten bei der Vindication, und bei actiones in rem scriptae.

Man sage nicht, daß dieß ganz mit der Darstellungsweise der frühern Schriftsteller übereinstimme. Der wesentliche Unterschied liegt in Folgendem. Erstens: ich trenne nicht das Recht selbst seinem Daseyn nach von seiner Beziehung auf den Berechtigten, und von der Befugniß es geltend zu machen, sondern unterscheide nur die einzelnen faktischen Bedingungen desselben, von welchen Eine, der Legitimationspunkt, die Beziehung des Rechts auf den Berechtigten begründet, während durch alle übrigen sein Daseyn in abstracto in der Regel nicht gewiß, sondern nur wahrscheinlich wird. Denn gewiß wird auch sein Daseyn nur durch den Beweis aller ihm zum Grund liegenden Thatsachen, den Legitimationspunkt mit eingeschlossen. Denn ein Recht, welches Niemanden zusteht, zu welchem sich nach dem Ausdruck der Neuern Niemand legitimiren kann, existirt nicht. Ebenso mit der Verbindlichkeit.

Zweitens: auch der Legitimationspunkt ist ein Stück des Klaggrundes, und es ist eine willkührliche und verwirrende Terminologie, wenn man den Begriff des Klaggrundes so eng faßt, daß dazu nur die Thatsachen gehören sollen, die das Recht des Klägers in abstracto begründen, nicht diejenigen, die es für ihn begründen, und die ihm als Klagrecht seine bestimmte Beziehung gegen diesen

Beklagten geben. Seinem natürlichen Begriff nach umfaßt er die gesammten faktischen Bedingungen des Klagrechts, also auch den Legitimationspunkt [16]). Dieß ist an den einzelnen Fällen, wo Legitimation und Klaggrund unterschieden zu werden pflegt, leicht zu zeigen.

Wenn der Kläger oder Beklagte als Erbe auftritt, so wird der Beweis, daß er wirklich Erbe des ursprünglich Berechtigten oder Verpflichteten sey, Legitimation genannt, und so viel ist hieran richtig. Bei ursprünglich erzeugten Rechtsverhältnissen, und selbst bei der Singularsuccession fallen die Bedingungen der Existenz des Rechts und seine Beziehung auf den Berechtigten und Verpflichteten näher zusammen. Die Universalsuccession hingegen giebt nur Recht und Verbindlichkeit in Beziehung auf den Nachlaß im Allgemeinen, und welche einzelne Rechtsverhältnisse dazu gehören, ist davon unabhängig. Daher man, wenn ein solches einzelnes Rechtsverhältniß den Gegenstand des Prozesses bildet, jene als die Legitimation, von diesem letztern scheiden kann. Aber willkührlich bleibt es doch immer eine Bedingung der Klage, des Rechts des Klägers oder der Verbindlichkeit des Beklagten, nicht mit zum Klaggrunde zu rechnen.

Mehr Schein hat die gewöhnliche Ansicht bei cedirten Forderungen. Der Cessionar ist bekanntlich nach Römischem Recht kein Singularsuccessor, sondern übt die Forderung des eigentlichen Gläubigers, des Cedens, als dessen Repräsentant jedoch zu eignem Vortheil aus (procurator in

---

16) Linde Civilproz. §. 92.

rem suam). Wie nun der gewöhnliche Procurator sich ad acta legitimiren, d. h. nachweisen muß, daß er Vollmacht habe in dieser fremden Sache zu handeln, so, scheint es, müsse auch dieser procurator in rem suam sich legitimiren; nur, wegen seines eignen Interesses, nicht ad acta, sondern ad causam, d. h. es scheint, als müsse wirklich hier der Beweis der Cession als legitimatio ad causam, von dem Beweise der Forderung selbst, dem Klaggrunde getrennt werden. Allein wenn auch in dem ältern Römischen Prozeß um jener eigenthümlichen Uebertragungsform der Forderungen willen eine solche Trennung selbst im Verfahren statt gefunden hätte, so sind doch die Gründe dazu für unser heutiges Recht ganz verschwunden. Seitdem dem Cessionar überall, wo er die Cession, die Gestattung der Klage erzwingen kann, eine actio utilis gegeben worden, ist sein Recht nicht mehr von dem leicht zerstörlichen Mandate abhängig, und eben deshalb dem Cedens und Debitor cessus gegenüber, als ein vollständig erworbenes Recht zu betrachten. Ich sage nicht, daß nun das Forderungsrecht selbst auf ihn übergegangen sey. Er übt immer noch ein fremdes Recht aus. Aber eben die Befugniß, dieses fremde Recht auszuüben, ist ihm nun vollständig erworben, und dadurch jeder praktische Vortheil desselben in seine Hand gegeben, während dem Cedens nicht viel mehr als der bloße Name bleibt. So wichtig es daher materiell betrachtet ist, daß der Cessionar als Repräsentant des Cedens zu denken sey, daß er ein fremdes Recht ausübe, so können wir doch formell, im Prozeß sagen, er verfolge ein eignes Recht. Die Bedingungen dieses Rechts bilden den Klaggrund, den Gegenstand des

Hauptbeweises, und zu diesem gehört denn nicht bloß der ursprüngliche Entstehungsgrund der Forderung, sondern auch die Cession oder deren Titel.

Für die beiden zuletztgenannten Fälle bedarf es kaum der Ausführung, daß der Legitimationspunkt ein Stück des Klaggrundes sey. Denn wenn auch jenes dingliche Verhältniß oder die persönliche Qualität nicht den Hauptinhalt des ganzen Prozesses bildet, so ist doch das Recht des Klägers oder die Verbindlichkeit dadurch mit bedingt; die Gesammtheit der Bedingungen des Klagrechts bilden aber den Klaggrund.

Drittens: Nach der von mir versuchten Bestimmung des Wesens des s. g. Legitimationspunktes ist jene Trennung desselben von den übrigen Bedingungen der Klage nicht bloß in den von den Neuern angegebnen Fällen, sondern noch in unzähligen andern denkbar. Denn überall wo eine besondre Thatsache die Beziehung des streitigen Rechtsverhältnisses auf diese bestimmten Partheyen begründet, können wir den Beweis mit demselben Recht Activ- und Passivlegitimation nennen. So namentlich bei Singularsuccessionen, die man gewöhnlich ausschließt. Auch hier beruht das Recht des Klägers auf zwei Thatsachen, dem Rechte des Auctors und der Succession, und wir können sagen: wenn die Sache Eigenthum des Auctors war, so ist es dadurch gewiß oder doch wahrscheinlich, daß sie überhaupt Gegenstand des Eigenthums sey, indem sie einmal in den Verkehr gezogen ist. Also Eigenthum in abstracto wäre hierdurch bewiesen. Daß aber der Kläger Eigenthümer sey, geht nur aus seinem Titel hervor; dieser bildet also seine Legitimation. Ferner kann nicht bloß ein

dingliches oder persönliches Recht, sondern auch ein obligatorisches Verhältniß als Legitimationspunkt betrachtet werden, z. B. wenn mit der actio pro socio auf Auseinandersetzung geklagt wird, und die Frage entsteht, ob Titius, der daran Theil nehmen will, wirklich Socius sey. Dieß ist seine Legitimation zur Sache. Endlich kann häufig eine reine Thatsache von der verschiedensten Natur den Legitimationspunkt bilden, z. B. wenn ein Testirer bei Anordnung von Vermächtnissen die Honorirten mit Rücksicht auf eine solche Thatsache generell bestimmt hat. Und so in unzähligen andern Fällen.

Faßt man also den Begriff der Legitimation zur Sache auf die vorhin bezeichnete Weise, und hält fest, daß sie einen Theil des Klaggrundes bilde, so könnte man sich die einmal herrschende Terminologie gefallen lassen. Allein wie wenig gleichgültig die technische Bezeichnung juristischer Begriffe sey, zeigt sich recht deutlich gerade hier. Man ist bei dieser unschuldigen Terminologie nicht stehen geblieben, sondern hat daraus, daß jene Thatsachen die Legitimation der Partheyen bilden, besondre Prozeßgrundsätze abgeleitet, wodurch die ganze Sache erst ihre praktische Bedeutung erhält. Diese eigenthümlichen Grundsätze sind nun darzustellen und zu prüfen. Ich bemerke nur noch, daß sie nur für die von dem Kläger zu beschaffende Activ- und Passivlegitimation behauptet werden, nicht für die Legitimation des Beklagten in Rücksicht seiner Einrede, daher ich diese nicht weiter berühre [17]).

---

17) Ebenso übergehe ich mit Stillschweigen alle diejenigen Fragen, die man bei der Legitimation zur Sache aufzuwerfen pflegt,

Die Legitimation zur Sache ist nach jener Ansicht nicht, wie der Klaggrund, Gegenstand der Verhandlung und Untersuchung im Prozeß, sondern wie die legitima persona standi in judiciis, und die legitimatio ad acta, wesentliche Bedingung seiner förmlichen Gültigkeit, gehört zur Instruction des Prozesses (constitutio judicii), durch welchen dann das streitige Rechtsverhältniß selbst ermittelt werden soll. Der Mangel dieser Legitimation hat daher unheilbare Nullität des ganzen Prozesses zur Folge [18]). Was unter dem Mangel der Legitimation zu verstehen sey, scheinen sich die Meisten nicht recht klar gemacht zu haben. Man kann sich zweierlei darunter denken: 1) daß der wahre Legitimationspunkt an der gehörigen Stelle oder in dem ganzen Prozeß nicht angeführt, oder gar kein Beweis darüber beigebracht ist; wir wollen es den formellen Mangel nennen. 2) Daß die Partheyen wirklich nicht der rechte Kläger und Beklagte sind, der materielle Mangel. Manche Schriftsteller beschränken die Nullität auf den ersten Fall, wogegen denn

---

und die nur nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden sind, d. h. auf dieselbe Weise entschieden werden müssen, man mag den Legitimationspunkt für etwas Besonderes oder für eine Thatsache des Klaggrundes halten. Dahin gehört die Frage, ob die Eideszuschiebung dabei zulässig sey u. dgl.

18) Mevius Decis. V. 13. 188. Claproth §. 71. „Der Beklagte muß der rechte Beklagte seyn, widrigenfalls ist alles, was in der Sache ergangen ist, unheilbar nichtig.“ Danz §. 125. „Die Vernachlässigung der Legitimation führt eine unheilbare Nichtigkeit in Rücksicht des ganzen Prozesses mit sich. s. J. R. A. §. 121. 122.“ Hofacker a. a. O. Thibaut a. a. O. Note m. Grolmann S. 63. — „Zur Entfernung der aus dem Mangel dieser Legitimation entstehenden Nichtigkeit der Verhandlung.“ —

nicht viel einzuwenden ist [19]). Die meisten aber machen die förmliche Gültigkeit des Verfahrens davon abhängig, daß die rechten Partheyen aufgetreten sind, und müssen denn auch bei dem materiellen Mangel der Legitimation die Nullität des Verfahrens annehmen.

Hieran schließt sich nun folgende eigenthümliche Behandlung der Legitimation. Ein Mangel, der das ganze Verfahren nichtig macht, kann in jedem Punkte des Prozesses von dem Gegner, oder von dem Richter gerügt werden, und es ist ihm zur Verhütung einer ungültigen oder vergeblichen Verhandlung vor allen Dingen abzuhelfen. So also auch bei der Legitimation.

1) Der Beklagte rügt deren Mangel durch die exceptio deficientis legitimationis ad causam. Darunter ist nicht die Rüge des formellen Mangels zu verstehen, denn dieß würde exceptio libelli inepti seyn, sondern sie bezieht sich auf den materiellen Mangel der Legitimation [20]). Der Beklagte behauptet durch dieselbe, der Gegner sey nicht der rechte Kläger, er nicht der rechte Beklagte, oder fordert wenigstens den Beweis des Legitimationspunktes, ehe er sich auf die Klage einläßt. Denn vor der Einlassung vorgeschützt ist sie prozeßhin-

---

19) So Gensler S. 181. Auch ältere Schriftsteller, welche die Nullität nur für den Fall annehmen, daß die exceptio legitimationis nicht beachtet worden ist, scheinen dieß im Sinn gehabt zu haben. So Slevogt §. 27. und Ludovici §. 5.

20) Doch fordern manche Schriftsteller auch den formellen Mangel, damit diese Einrede begründet sey. Wernher Obss. for. VIII. 454. 486. Schaumburg S. 135. Biener §. 34. Note 1. und Danz §. 155. indem er sie zu den sg. verneinenden Einreden zählt.

dernd [21]). Sie kann aber auch in jedem andern Punkt des Prozesses vorgeschützt werden, selbst in der Executionsinstanz [22]), und hemmt überall das weitere Verfahren.

2) Auch der Richter kann von Amtswegen den Mangel der Legitimation rügen, und deren Beschaffung dem Kläger aufgeben [23]). Auch hier ist nicht bloß der formelle, sondern der materielle Mangel gemeint, und die Legitimation geschieht durch den Beweis, daß dieser Prozeß zwischen dem rechten Kläger und dem rechten Beklagten geführt werde. Auch so kann sie in jedem Punkte des Prozesses vorkommen und bildet ein Incidentverfahren, welches den Fortgang der Hauptsache hemmt [24]).

---

21) Slevogt §. 26. 27. Ludovici §. 15. Gönner §. 4. Uebrigens streitet man darüber, ob sie eine exceptio dilatoria, peremptoria oder anomala sey. Es bedarf kaum der Bemerkung, daß sie keine exceptio im Römischen Sinne ist, da die Legitimation, ein Theil des Klaggrundes, dadurch geleugnet wird. Linde Civilprozeß §. 92. Wird aber dem Beklagten das Recht zugestanden, den Beweis des Legitimationspunktes vor der Einlassung zu fordern, so hat dieß allerdings die Wirkung einer prozeßhindernden Einrede.

22) Mevius Decis. V. 13. 188. IV. 204. n. 7. Slevogt §. 26. Ludovici §. 7. 8. Wernher Obss. for. VI. 374. Danz §. 125.

23) Slevogt §. 27. Hofmann, Danz, Martin, Grolmann, Hofacker, Thibaut a. d. a. O. Nur für den Fall, daß der Mangel aus den Acten erhellt, geben diese Befugniß dem Richter Mevius Decis. V. 13. III. 21. Zaunschlieffer de off. jud. suppl. II. 4. §. 3. Ludovici §. 9. 10. J. H. Böhmer jus eccl. prot. I. 32. §. 53.

24) Ueber diese Wirkung der Legitimation im Allgemeinen vgl. noch Schweitzer §. 34. und die daselbst Note 51. angeführten Sächs. Prozeßordnungen, insbesondere die Erl. Königl. Sächs.

Der Beweis, welcher die Legitimation bildet, soll nach der Meinung der ältern Schriftsteller ein vollständiger seyn [25]). Nach den Neuern genügt eine bloße Bescheinigung [26]). Doch lassen auch schon die älteren Praktiker im Nothfall an der Stelle des Beweises eine Caution zu [27]).

Wird sie auf die eine oder andere Weise nicht beschafft, so erfolgt nach der consequenteren Ansicht eine absolutio ab instantia. Denn da der Prozeß in diesem Falle nichtig seyn soll, so ist ein Urtheil über die Sache selbst unmöglich. Ist sie hingegen beigebracht, so geht dann die Hauptsache ihren gewöhnlichen Gang.

Diese prozessualischen Grundsätze über die Legitimation zur Sache sollen jetzt geprüft werden, und zwar zuvörderst in Rücksicht ihres innern Zusammenhanges, wobei wir von dem schon gewonnenen Gesichtspunkt ausgehen müssen, nehmlich daß der Legitimationspunkt wesentlich zum Klaggrund gehöre. Die erste Frage ist nun die, in wiefern durch den Mangel der Legitimation die Nullität des Prozesses oder ein vergebliches Verfahren veranlaßt werde. Denn hierauf gründet man die Nothwendigkeit einer eigenthümlichen Behandlungsweise desselben. Wir müssen hier zwi-

---

Prozeßordnung ad tit. XI. §. 2., welchen Gensler S. 151. Note 83. vergeblich eine andre Deutung zu geben sucht.

25) Slevogt §. 25. Ludovici §. 23—52.

26) Gönner §. 4. Grolmann S. 64. Schweitzer §. 34. Nr. 2.

27) Mevius Decis. VII. 99. Brunnema de cess. act. c. 5. n. 72. Ludovici §. 49. Hofmann §. 355. Note ii. Hofacker a. a. O.

zwischen dem formellen und materiellen Mangel der Legitimation unterscheiden.

1) Formell fehlt die Legitimation zur Sache nach dem vorhin Gesagten, wenn der Legitimationspunkt in der Klagschrift oder in dem ganzen Prozeß gar nicht oder nicht richtig angeführt, oder von dem Richter ganz unbeachtet geblieben ist. Da er ein wesentliches Stück des Klaggrundes ist, so darf er in der Klagschrift nicht fehlen. Der Beklagte kann diesen Mangel durch eine Einrede (exceptio libelli inepti) und der Richter von Amtswegen rügen. Denn um dieser Unvollständigkeit willen ist die Klage ungültig, und ebenso das ganze Verfahren, welches darauf gegründet wird. Daher ist diese Rüge in jedem Punkte des Prozesses möglich. Doch kann vor beendigter Sache das Fehlende noch ergänzt werden, wodurch dann alles Frühere convalescirt. Ist der Legitimationspunkt in der Klage berührt, so muß der Richter, wie bei andern Thatsachen des Klaggrundes, dem Beklagten aufgeben, sich darüber zu erklären, und wenn dieser leugnet, dem Kläger den Beweis darüber auflegen. Hierauf hat der Richter allerdings von vorne herein zu sehen, und auch der Beklagte hat Ursache, besonders hierüber zu wachen, weil der Hauptgegenstand des Streits die Aufmerksamkeit leicht vom Legitimationspunkt ablenkt. Eine etwaige Versäumniß hierin kann aber gleichfalls vor definitiv beendigter Sache noch nachgeholt werden, und es ist um Nullität zu verhüten nicht nöthig, diesen Beweis gleich zu Anfang des Prozesses zu fordern. Er findet seine natürliche Stelle in dem Beweisverfahren, wo der Kläger den ganzen Klaggrund darzuthun sucht. Ist freilich in dem ganzen Prozeß der Legi-

timationspunkt gar nicht vorgekommen, oder der Richter hat, obgleich er vom Beklagten nicht ausdrücklich zugestanden war, keinen Beweis darüber gefordert, und dennoch im Endurtheil so erkannt, als wäre die Legitimation berichtigt, so halte ich dieß für einen so wesentlichen Fehler der Form, daß der ganze Prozeß und das Urtheil nichtig seyn muß. Die Nichtigkeit dieses letztern könnte man auch darauf gründen, daß es sententia contra jus in thesi sey, indem der Richter dem Kläger ein Recht zugesprochen, ohne auf den Legitimationspunkt, eine wesentliche Bedingung desselben, Rücksicht zu nehmen. Auf alle Weise kann diese Nullität auch nach definitiv entschiedner Sache, in der Executionsinstanz gerügt werden. Doch wird die Sache dann einen verschiednen Gang nehmen, je nachdem der Kläger im Stande ist, die Legitimation noch zu beschaffen, oder nicht. Ist dieses letztere, oder tritt der materielle Mangel der Legitimation zum formellen hinzu, so bleibt es bei der Nullität des ganzen Prozesses. Eine Wiederaufnahme desselben mit diesem Kläger ist aber natürlich nicht möglich. Wird hingegen die Legitimation jetzt nur noch beigebracht, so ist, wie ich glaube, der der Strenge nach ungültige Prozeß aufrecht zu erhalten. Die nochmalige Verhandlung derselben Sache wäre ein unnützer Aufenthalt. Auch kann der Beklagte nicht behaupten, daß ihm dadurch in Beziehung auf die Sache selbst Unrecht geschehe, ein Fall, in welchem der Richter nach Vorschrift der Reichsgesetze über bloße Unförmlichkeiten hinausgehen soll [28]). In

---

28) Cammergerichtsord. III. 34. §. 1. „Und so der Cammerrichter und Beisitzer solche angezogene Nichtigkeit nicht der-

Fällen, wo der Legitimationspunkt schon an sich klar ist, wird deshalb häufig ganz darüber hinausgegangen, der Beklagte denkt nicht daran ihn zu bestreiten, der Richter nicht Beweis darüber zu fordern, weil sie ihn für berichtigt stillschweigend annehmen, wo dann ohnedieß das Verfahren unangefochten und gültig bleibt.

Alles dieß ist indeß nichts Eigenthümliches der Legitimation zur Sache. Ganz dasselbe muß von jeder andern Thatsache des Klaggrundes gelten, insbesondere von solchen, die nicht Hauptgegenstand des Streites und der Untersuchung, sondern minder wichtige Bedingungen, aber doch Bedingungen des Klagrechts sind. Auch deren Nichtbeachtung macht die Klage, ja den ganzen Prozeß nichtig, wenn ihr Beweis nicht noch nachgeholt wird. Die Legitimation zur Sache kann also auch in dieser Beziehung nicht als etwas von andern Thatsachen des Klaggrundes wesentlich Verschiednes angesehen werden, und eine abweichende Behandlungsart derselben ist hierdurch auf keine Weise gerechtfertigt.

2) Unter dem materiellen Mangel der Legitimation verstehe ich den Fall, daß die Partheyen wirklich der rechte Kläger und Beklagte nicht sind. Inwiefern ist nun deshalb der Prozeß nichtig? Gehört der Legitimationspunkt wirklich zum Klaggrunde, so ist er, wie andre Bedingungen der Klage, Gegenstand der Verhandlung und Untersuchung des Richters. Was aber zum Inhalt des Prozesses

---

gestalt erfünden, daß dadurch der Parthey in der Hauptsache ein unwiderbringlich Unrecht geschähe, sollten dieselbigen vorigen Prozeß, anderer Unförmlichkeit halber, als nichtig nit verworfen werden."

gehört, was durch ihn ermittelt werden soll, kann nicht Bedingung seiner förmlichen Gültigkeit seyn. Also kann auch ein Mangel darin die Nullität des Prozesses nicht bewirken. Vielmehr kann die Folge nur diese seyn. Zeigt sich dieser Mangel noch im Lauf des Prozesses, d. h. wird es gewiß, daß nicht der rechte Kläger oder der rechte Beklagte aufgetreten sey, so ist das Verfahren dessenungeachtet vollkommen gültig, und als Resultat eben dieses gültigen Verfahrens von dem Richter auszusprechen, daß diesem Kläger das behauptete Recht nicht zustehe, daß dieser Beklagte zu nichts verpflichtet sey [28a]), d. h. er muß ein vollständig absolutorisches Urtheil fällen. Zeigt sich der Mangel der Legitimation nach rechtskräftig entschiedener Sache, so ist das Urtheil um nichts weniger gültig. Denn es ist, wenn das Recht des Klägers, die Verbindlichkeit des Beklagten ausgesprochen wurde, damit zugleich die Activ- und Passivlegitimation ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt. Von der faktischen Richtigkeit des Urtheils kann aber begreiflicherweise seine förmliche Gültigkeit nicht abhängig gemacht werden, wenn anders die res judicata förmliche Wahrheit begründen soll.

Etwas Andres ist freilich die Gültigkeit des Urtheils und der Umfang seiner Wirksamkeit. In der Regel gilt

---

28a) Nach Martin a. a. O. §. 35. soll der Beklagte, der den Mangel der Passivlegitimation gekannt und nicht angezeigt hat, als Einer, qui liti se obtulit, zum Schadensersatz verpflichtet seyn. Allein das Römische Recht kennt diese Verbindlichkeit in ihrem vollen Umfang nur bei actiones in rem, und wir sind nicht befugt sie zu generalisiren. Zum Ersatz der Prozeßkosten muß allerdings der Beklagte in diesem Fall verurtheilt werden.

die res judicata nur unter den Partheyen. Der wahre Kläger oder der wahre Beklagte wird sich also weder darauf berufen können, noch dadurch gebunden seyn. Mit ihnen kann es daher über dieselbe Sache zu einem nochmaligen Prozesse kommen, wodurch faktisch der Erfolg der frühern Sache ganz aufgehoben wird. Wenn z. B. der Besitzer eines Grundstücks eine demselben zustehende Prädialservitut durch die actio confessoria gegen den Eigenthümer des praedium serviens geltend gemacht und den Prozeß gewonnen oder verloren hat, und nachher der wahre Eigenthümer des praedium dominans ihm dasselbe evincirt, so wird es zwischen diesem und dem früheren Beklagten zu einem neuen Prozeß kommen, dessen Erfolg vielleicht ein gerade entgegengesetzter ist. Auf jeden Fall wird aber der frühere Besitzer, wenn gleich die Servitut durch das erste Urtheil zu seinen Gunsten anerkannt worden, auf die Ausübung derselben keinen Anspruch mehr machen können, da diese nur in Beziehung auf das praedium dominans, das er nicht mehr besitzt, möglich ist. Diese Erfolglosigkeit des früheren Urtheils ist es offenbar, welche die neuern Schriftsteller unter der Nullität desselben meinen, sie ist aber von förmlicher Ungültigkeit des Urtheils wesentlich verschieden.

Auch wird das frühere Urtheil nicht immer, oder doch nicht immer so unmittelbar in seinem faktischen Erfolge aufgehoben, wie in dem angeführten Beispiel, insbesondre nicht, wenn zufolge des condemnatorischen Urtheils das Judicatum an den unrechten Kläger, oder von dem unrechten Beklagten geleistet worden ist. Diese Fälle und die dabei vorkommenden Fragen sind um so mehr hier näher

zu erwägen, da die praktischen Schriftsteller sie meines Wissens gar nicht beachtet haben.

Wenn ein falscher Kläger in dem frühern Prozesse aufgetreten ist, und ein condemnatorisches Urtheil erwirkt hat, so wird der wahrhaft Berechtigte mit seinem Anspruch gegen denselben Beklagten durch die exceptio rei judicatae gewiß nicht ausgeschlossen seyn. Denn es ist res inter alios judicata. Aber wie, wenn der Beklagte dem ersten Kläger das judicatum schon geleistet hat? Ist dieß eine specielle Sache, die dem ersten Kläger, als dem Eigenthümer, restituirt worden ist, so wird der wahre Eigenthümer am zweckmäßigsten seinen Anspruch gegen jenen, den gegenwärtigen Besitzer richten. Indessen kann ihm daran liegen, den ursprünglichen Beklagten in Anspruch zu nehmen, der ihm vielleicht aus Contract haftet, während er gegen jenen mit der Vindication klagen, also auch sein Eigenthum beweisen müßte. In wiefern haftet ihm also dieser ursprüngliche Schuldner? Er haftet ihm nicht, weil er weder besitzt, noch durch seine Culpa den Besitz verloren hat. Denn daß er die Sache zufolge richterlichen Urtheils herausgab, kann ihm nicht als Unrecht angerechnet werden. Befürchtet er schon vor der Restitution an den ersten Kläger den Anspruch des zweiten, so kann er, um ganz sicher zu gehen, von jenem Caution verlangen, daß er ihn gegen diesen vertreten wolle [29]). Hat er in dem früheren Prozeß die litis aestimatio bezahlt, und die Sache behalten, so ist er Käufer derselben, der erste Kläger sein

---

29) L. 57. D. de her. pet. L. 57. D. de rei vind. L. 1. §. 37. D. depositi.

Auctor und schon deßhalb verpflichtet, ihn gegen den Vindicanten zu vertreten, und ihm im Fall der Eviction Ersatz zu leisten.

Ganz anders ist es, wenn die Klage nicht auf Restitution einer speciellen Sache, sondern auf irgend eine andre Leistung geht, insbesondre auf eine Summe Geldes. Hier kann der wirklich Berechtigte den falschen Kläger, der das Judicatum bekommen hat, im Allgemeinen nicht in Anspruch nehmen. Weder die actio negotiorum gestorum, noch die condictio sine causa sind hier begründet. Nur unter besondern Umständen wird er eine Klage gegen ihn haben, z. B. wenn dieser als Erbe eine Erbschaftsschuld einforderte, so wird er mit der hereditatis petitio auch die Herausgabe dieses Gewinnes verlangen können [30]). Hierdurch wird dann der Schuldner auch dem wahren Erben gegenüber liberirt. Abgesehen aber von diesem Fall, daß der wahre Gläubiger von dem vermeintlichen das Empfangne durch Klage oder im Wege der Güte erhält, kann er den Schuldner noch einmal belangen. Dieser kann darauf, daß er dasselbe schon einmal dem vermeintlichen Gläubiger bezahlt habe, keine Einrede gründen. Wenn er nun aber auch den wahren Gläubiger befriedigt hat, sollte er dann nicht das dem vermeintlichen Gläubiger Bezahlte zurückfordern können? Auch dieß glaube ich verneinen zu müssen. Die Klage könnte nur eine condictio indebiti oder sine causa seyn. Diese wird aber der vermeintliche Gläubiger mit der exceptio rei judicatae zurückweisen.

---

30) L. 31. §. 5. L. 25. §. 17. 18. D. de her. pet. L. 34. §. 9. D. de solut.

Er wird sich darauf berufen, daß er als Gläubiger durch ein rechtskräftiges Urtheil anerkannt sey, daß der Schuldner durch die Zahlung an ihn eine gültige obligatio judicati erfüllt habe, daß also das Empfangne kein indebitum, und nicht sine causa bei ihm sey. Dagegen wird der Schuldner nicht darauf provociren können, daß durch ein späteres Urtheil ein Andrer als Gläubiger anerkannt worden, denn dieses Urtheil bindet den früheren Kläger nicht. Nur das läßt sich vielleicht vertheidigen, daß der Schuldner, wenn er das Judicatum noch nicht bezahlt hat, und den zweiten Anspruch befürchtet, von dem ersten Kläger Caution fordern könne, daß er ihn gegen den zweiten vertreten wolle. Ausdrückliche Zeugnisse der Quellen hierfür kenne ich zwar nicht, aber es spricht dafür die Analogie des zuerst erwähnten Falles.

Wie ist es nun, wenn ein falscher Beklagter in dem frühern Prozeß belangt und condemnirt worden ist? Die exceptio rei judicatae schließt auch hier eine zweite Klage gegen den wahren Schuldner nicht aus. Allein wenn der Kläger durch den ersten Prozeß den Gegenstand seiner Forderung wirklich erhalten hat, so sollte man denken, dasselbe könne er nicht noch einmal fordern. Ich glaube, daß er es dennoch kann. Er hat zwar den Gegenstand der Forderung empfangen, aber nicht von dem Schuldner, sondern von einem Dritten, der nicht im Namen des Schuldners handelte, sondern eine eigne Verbindlichkeit damit zu erfüllen meinte. Durch solutio, ipso jure ist also der Schuldner nicht liberirt [31]). Auch eine Einrede, insbesondre die

---

31) L. 31. pr. D. de her. pet. L. 19. §. 1. D. de cond. indebiti. L. 38. §. 2. D. de solut.

exceptio doli, die er darauf gründen wollte, daß der Kläger dasselbe zweimal fordre [32]), schützt ihn nicht. Denn diese gilt ja nur da, wo derselbe Schuldner dasselbe zweimal bezahlen soll, also einen Verlust erleidet. Hier aber würde der Beklagte durch die Einrede lucriren. Zwar gewinnt nun der Kläger. Aber dieß, daß der Kläger keinen Gewinn mache, ist kein Grund der Aequitas, der sein strenges Recht auszuschließen vermöchte. Hieraus ergiebt sich aber auch die Beschränkung dieser Regel. Droht dem wahren Schuldner hieraus ein Verlust, so schützt ihn die exceptio doli ohne Zweifel. Dieß würde aber dann der Fall seyn, wenn der vermeintliche Schuldner, was er an jenes Stelle bezahlt hat, von ihm wiederfordern könnte. In der Regel wird sich dafür kein rechtlicher Grund auffinden lassen. Denn er hat bei dieser Zahlung weder des Andern negotia gerirt, so daß er die actio negotiorum gestorum gegen ihn hätte, noch auch in der That ihn bereichert, da jener nicht liberirt ist. Die actio de in rem verso, selbst wenn man sie in dem gewöhnlich behaupteten Umfange zulassen wollte, ist also auch nicht begründet. Indessen lassen sich Fälle denken, wo vermöge eines zwischen dem vermeintlichen und wahren Schuldner bestehenden Rechtsverhältnisses ein solcher Anspruch des ersten gegen den zweiten begründet ist. Der Hauptfall, den auch die Quellen ausdrücklich erwähnen, ist der, daß Jemand als vermeintlicher Erbe Erbschaftsschulden bezahlt hat, nachher aber durch die hereditatis petitio genöthigt wird, die

---

32) L. 57. D. de reg. juris. Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.

Erbschaft an den wahren Erben heraus zu geben. Er kann dann das Gezahlte nicht nur bei der hereditatis petitio abrechnen [33]), sondern auch wenn er dieß versäumt hat, es mit der actio negotiorum gestorum wiederfordern [34]). Ein zweiter Fall wäre der, daß ein Socius eine Societäts-schuld aus Irrthum als eigne zufolge richterlichen Urtheils bezahlt hat. Dieß kann er gewiß durch exceptio doli bei der Auseinandersetzung den übrigen Sociis anrechnen. Die actio pro socio möchte ich ihm nicht geben, weil er in eignem Namen gehandelt hat [35]). Durch condictio indebiti aber kann er sich noch helfen, wenn er versäumt haben sollte, die Einrede vorzuschützen. Ferner kann auch, wo nach allgemeinen Grundsätzen der vermeintliche Schuldner einen solchen Regreß gegen den wahren Schuldner nicht hat, der Gläubiger ihm denselben freiwillig, durch Cession seiner Klage verschaffen [36]). Ueberall nun, wo der wahre Schuldner aus dem einen oder andern Grunde einen solchen Regreß erwarten muß, weist er den Gläubiger mit

---

33) L. 31. pr. D. de her. pet. L. 12. §. 1. C. eod.

34) L. 12. §. 1 C. cit. Bekanntlich wird hier auf die Absicht, des andern negotia zu geriren, nicht gesehen. Vgl. L. 49. D. de negot. gest. L. 50. §. 1. D. de her. pet. L. 14. §. 11. L. 32. pr. D. de religiosis. Cujac. in Afric. 8. pr. (in L. 49. cit.)

35) Arg. L. 14. §. 1. L. 25. pr. D. comm. divid.

36) Nöthigen kann er den Gläubiger zu dieser Cession wohl nicht. Wenigstens wüßte ich keinen Rechtsgrund dafür. Höchstens könnte man ihm, ehe er das Judicatum gezahlt hat, eine exceptio geben, wodurch er diese Cession der Klage gegen den wahren Schuldner verlangte, so wie der Kläger, der die litis aestimatio empfängt, sein Recht auf die Sache abtreten muß, oder nach Analogie der Correalschuldner.

der exceptio doli zurück, weil er sonst dasselbe zweimal bezahlen müßte. Ist dieß nicht der Fall, so hat er diese Einrede nicht, und die Folge ist, daß der Kläger dasselbe zweimal erhält.

Dieß, als letzter Erfolg gedacht, widerstrebt aber dem Billigkeitsgefühl. Es fragt sich also, ob es nicht noch einen Weg gebe, um hier das förmliche Recht mit dem wirklichen auszugleichen. Dieß würde dadurch erreicht, wenn man dem vermeintlichen Schuldner das Recht gäbe, das von ihm Gezahlte, was der Kläger offenbar zu viel hat, zurückzufordern. Welche Klage nun könnte dieß seyn? Die condictio indebiti ist durch die res judicata ausgeschlossen, welche eine neue causa debendi begründet hat. Die condictio sine causa aber scheint mir in diesem Falle anwendbar [36a]). Der Gläubiger hat freilich das Judicatum vom vermeintlichen Schuldner nicht als ein indebitum bekommen, also zunächst auch nicht sine causa. Wenn nun aber der wahre Schuldner auch zahlt, so hat der Gläubiger den Gegenstand seiner Forderung zweimal. Zwar nach strengem Recht aus verschiednen Gründen, indem jede res judicata eine selbständige causa debendi bildet. In der That aber doch aus demselben Grunde, indem durch beide Urtheile nur Eine Obligation anerkannt werden sollte. Bei der condictio sine causa, die ganz auf Aequitas beruht, sind wir wohl berechtigt, über die strenge Rechtsform hinweg, und nur auf das wirkliche Recht zu sehen. Der vermeintliche Schuldner wird also das Judicatum,

---

36a) Einen analogen Fall enthält L. 2. D. de condict. sine causa (12, 7.).

was der Gläubiger von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet, offenbar zu viel und sine causa hat, von ihm condiciren, und wenn dieser ihm durch die exceptio rei judicatae entgegnete, es stehe rechtskräftig fest, daß er sein Schuldner sey, so wird jener de dolo malo repliciren, und anführen, daß der Gläubiger durch die zweite Klage gegen einen Andern diesen als den wahren Schuldner anerkannt habe, also mit sich selbst in Widerspruch gerathe, wenn er nun wieder den Ersten für seinen Schuldner erkläre. So wird denn freilich auf einem Umwege alles wieder ausgeglichen, und in die Lage gebracht, als wenn der Gläubiger nur den rechten Beklagten belangt hätte. Nur wenn er, nachdem er von dem vermeintlichen Schuldner seine Befriedigung erhalten hat, die Klage gegen den wahren Beklagten verschmäht, und sie auch Jenem nicht cediren will, bleibt es bei dem Erfolge des frühern Prozesses.

Wir gingen vorhin von der Voraussetzung aus, daß die res judicata nur unter den Partheyen gelte, und zogen daraus die Folgerung, daß bei dem Mangel der Legitimation zur Sache der wahre Kläger und Beklagte durch jenes an sich gültige Urtheil nicht gebunden sey. In gewissen Fällen gilt aber die res judicata in weiterem Kreise, selbst gegen jeden Dritten, und dann gewiß auch gegen denjenigen, der eigentlich als Gegner in jenem Prozeß hätte auftreten sollen. Dieß scheint auch das Römische Recht bei Präjudicialklagen, wo die res judicata jene weitere Wirksamkeit hat, anzuerkennen. Denn es fordert hier zur Gültigkeit des Prozesses und des Urtheils einen justus

contradictor [37]). Dieß ist bei der liberalis causa der Herr, bei dem praejudicium de ingenuitate der Patron, kurz wer hauptsächlich dabei interessirt ist, den Status des Andern anzufechten. Nicht aber der wirkliche Herr, der wirkliche Patron, oder wer sich als solcher legitimiren kann, ist justus contradictor (würde dieser Beweis gefordert, so wäre ja damit die ganze Sache beendigt!), sondern wer es zu seyn behauptet [38]). Ist also in diesem Prozeß gegen den Contradictor gesprochen, der Stand des Andern anerkannt, so ist dieses Urtheil gültig, und kann selbst gegen den wahren Herrn oder Patron geltend gemacht werden [39]).

Ebenso wird auch in einem andern Fall, wo das

---

37) L. 3. D. de collus. deteg. (40, 16.) Callistr. Cum non justo contradictore quis ingenuus pronunciatus est, perinde inefficax est decretum, atque si nulla judicata res intervenisset; idque Principalibus constitutionibus cavetur. L. 1. C. de ingen. man. (7, 14.) Alex.

38) L. 1. C. cit. Si ingenuum te ex testamento manumissum esse dicas: apud suos judices causam agere debes, si tamen justum contradictorem habes, id est eum, qui se patronum tuum esse dicit. Hiermit leugne ich aber nicht, daß der Richter diesen Contradictor zurückweisen konnte, wenn dieser offenbar gar kein Recht, irgend ein Dritter aber für sein Recht mehr Wahrscheinlichkeit hatte; weil hier Collusion zu befürchten war.

39) Natürlich nur dann, wenn ausgesprochen wurde, daß er ingenuus sey; nicht, wenn das Urtheil nur hieß: servum, oder libertum illius non videri. L. 27. §. 1. L. 42. D. de lib. causa. — Dem Obigen könnten zu widersprechen scheinen L. 1. L. 5. D. de ingen. man. (40, 14.) Allein sie sind, wie schon die Glosse bemerkt, auf das eigenthümliche Rechtsmittel zu beziehen, wodurch der Patron binnen 5 Jahren, wegen Collusion mit jenem Contradictor, das Urtheil anfechten konnte.

richterliche Urtheil eine weitere Wirksamkeit hat, die Gültigkeit desselben ausdrücklich anerkannt, obgleich ein falscher Kläger aufgetreten war. Wenn nehmlich eine Person, die nicht Intestaterbe ist, mit der querela inofficiosi testamenti die Rescission des Testamentes bewirkt hat, so soll der Gewinn des Prozesses nicht ihm, sondern den wahren Intestaterben zu gute kommen; weil es nun in jeder Beziehung so angesehen wird, als sey der Erblasser intestatus gestorben [40]). Also: ungeachtet jener Kläger nicht der rechte Kläger, nicht zur Sache legitimirt war, so ist doch das Urtheil gültig, und auf gewöhnliche Weise wirksam. Nehmlich die Rescission des Testamentes kommt auch Dritten zu Gute. Denn da die Erbschaft aus dem Testamente nicht angetreten werden kann, so ist es faktisch so gut als wenn es nicht da wäre. Uebrigens aber bindet das Urtheil Dritte nicht, daher die wahren Intestaterben ihr Recht gegen den Sieger in jenem Prozeß verfolgen können, obgleich dieser in jenem Urtheil als Erbe stillschweigend oder ausdrücklich anerkannt war.

Die Wirkung des materiellen Mangels der Legitimation ist also niemals die Nichtigkeit des Prozesses und des Urtheils. Also ist dieß auch kein Grund zu einer ganz abweichenden Behandlungsweise des Legitimationspunktes. Seinem faktischen Erfolge nach wird freilich das Urtheil häufig wieder aufgehoben werden, wenn es sich nachher

---

40) L. 6. §. 1. D. de inoff. test. (Ulp.) Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit (nemo enim eum repellit) et casu obtinuerit: non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem: nam intestatum patremfamilias facit.

zeigt, daß nicht der rechte Kläger, oder nicht der rechte Beklagte aufgetreten sey, so daß dann der frühere Prozeß vergeblich erscheint. Allein dieß wird nicht dadurch abgewendet, daß die Legitimation an dieser oder jener Stelle des Prozesses gefordert wird. Nur dadurch würde es vermieden, wenn es dem Richter möglich wäre, auf irgend einem Wege mit vollständiger Sicherheit das wirkliche Recht zu ermitteln. Daß dieß unmöglich sey, leuchtet von selbst ein. Eben deßhalb kann aber der res judicata in der Regel nur eine beschränktere Wirksamkeit beigelegt werden, woraus denn nothwendig folgt, daß durch einen zweiten Prozeß über denselben Gegenstand, aber unter andern Partheyen, der Erfolg des frühern vollständig vernichtet werden könne.

Bei der Behauptung, daß durch jene eigenthümliche Behandlungsweise der Legitimation ein vergebliches Verfahren verhütet werde, denkt man aber häufig nur an die Abkürzung dieses Prozesses. Man sagt: wenn die merita causae weitläufig verhandelt worden, und es sich nun zeige, daß gar nicht der rechte Kläger oder Beklagte aufgetreten sey, so seyen jene Verhandlungen vergeblich. Dieß werde dadurch vermieden, daß man vor allem Andern die Berichtigung der Legitimation fordre. Allein in der That wird dieser Zweck auf die angegebne Weise nur dann erreicht, wenn der Legitimationspunkt leicht und schnell ermittelt werden kann, die übrigen Thatsachen aber, auf welche es ankommt, eine umständlichere Verhandlung und Untersuchung nothwendig machen. Dieß ist aber keineswegs immer der Fall. Häufig wird auch die Legitimation ein weitläufiges Verfahren veranlassen, und wenn sie dann

beschafft ist, und nachher in Rücksicht der übrigen Bedingungen die Klage nicht begründet erscheint, so war das Legitimationsverfahren auf gleiche Weise vergeblich. Da der Ausgang des Prozesses also auf gleiche Weise von der Legitimation und dem, was man allein Klaggrund nennt, abhängt, so wird dadurch offenbar der Prozeß am sichersten abgekürzt, wenn beiderlei Thatsachen gleichzeitig verhandelt und untersucht werden, wie es die Regel unsers Prozesses mit sich bringt.

Alles Bisherige war Folgerung aus dem allgemeinen Satze, daß der Legitimationspunkt wesentlich zum Klaggrund gehöre, und nur willkührlich davon getrennt werde, ein Grundsatz, den ich im Allgemeinen für unumstößlich halte. Indeß ist nicht zu leugnen, daß es Ausnahmen von dieser Regel giebt, Fälle, wo wirklich innere Gründe vorhanden sind, die Legitimation vom Klaggrunde zu trennen, sie von den Gegenständen der Untersuchung im Prozeß auszuscheiden, wodurch sie dann nothwendig Bedingung seiner förmlichen Gültigkeit wird. Diese Gründe liegen entweder in der eigenthümlichen Natur der Klage, oder in einer besondern Wendung, die der Prozeß nimmt.

Um der Natur des Klagrechts willen tritt diese Anomalie bei den Theilungsklagen ein. Die actio familiae erciscundae gründet sich auf Erbrecht, die actio communi dividundo und finium regundorum auf Eigenthum. Allein weder bei jener, noch bei diesen ist dieses Recht des Klägers Gegenstand der Verhandlung und Untersuchung. Wird es bestritten, so ist es durch die here-

dita-

ditatis petitio oder rei vindicatio zu ermitteln [41]). In dem judicium divisorium wird es vorausgesetzt und der Richter hat es nur mit der Auseinandersetzung und Aufhebung der Gemeinschaft zu thun. Da es indeß wesentliche Bedingung der Theilungsklagen ist, da diese nur unter wahren Miterben, wahren Miteigenthümern möglich sind, so muß der Theilungsprozeß mit seinem ganzen Erfolge nichtig seyn, wenn es sich nachher zeigt, daß die Partheien beide oder eine derselben nicht Eigenthümer oder Erbe gewesen sey [42]). Dieß sagt ausdrücklich Paulus in L. 36. fam. ercisc.

Cum putarem te coheredem meum esse, idque verum non esset, egi tecum familiae erciscundae judicio: et a judice invicem adjudicationes et condemnationes factae sunt. Quaero rei veritate cognita, utrum condictio invicem competat, an vindicatio, et an aliud in eo qui heres est, aliud in eo qui heres non est, dicendum est? Respondi, qui ex asse heres erat, si, cum putaret se Titium coheredem habere, acceperit cum eo familiae erciscundae judicium, et condemnationibus factis solverit pecuniam, quoniam ex causa judicati solvit, repetere non potest. Sed tu videris eo mo-

---

41) L. 1. §. 1. D. famil. ercisc. L. 1. §. 2. L. 7. D. si pars hereditatis. L. 15. D. de exc. rei jud. L. 18. D. de except. L. 2. C. de ord. judic. Nur ausnahmsweise wurde in dem familiae erciscundae judicium auch über das Erbrecht entschieden, in dem Fall den die L. 1. §. 1. cit. bezeichnet.

42) In der Anstellung der Klage lag kein Geständniß, daß der Gegner Miteigenthümer oder Miterbe sey. L. 37. D. fam. ercisc. War es freilich zu einer ausdrücklichen confessio in jure gekommen, so galt diese unter den Partheyen. cf. L. 51. §. 1. D. famil. ercisc.

veri, quod non est judicium familiae erciscundae, nisi inter coheredes acceptum. Sed quamvis non sit judicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putat condemnatum. Quod si neuter eorum heres fuit, sed quasi heredes essent acceperint familiae erciscundae judicium, de repetitione idem in utrisque dicendum est, quod diximus in altero.

Der Inhalt der ganzen Stelle ist kurz dieser. Wenn ein Erbe mit einem andern, den er fälschlich für seinen Miterben hält, oder wenn mehrere vermeintliche Erben sich in den Erbtheilungsprozeß einlassen, so ist dieser zwar null und nichtig; allein was zufolge des richterlichen Urtheils einer dem andern gezahlt hat, kann doch nicht zurückgefordert werden.

Die Worte non est judicium familiae erciscundae bezeichnen nach dem Sprachgebrauch der römischen Juristen auf das unzweideutigste die Nullität des ganzen Prozesses, und daß das Gezahlte nicht zurückgefordert werden kann, steht damit nicht im Widerspruch. Denn die condictio indebiti, welche allein hier statt finden könnte, ist ausgeschlossen, ubi lis inficiando crescit in duplum [43]). Dieß aber war, wenigstens nach älterem Recht, entschieden bei der actio judicati der Fall [44]). Also konnte, wer zu-

---

43) §. 7. Inst. de obl. quasi ex contractu. L. 4. C. de cond. indebiti (4, 5.).

44) Cic. pro Flacco c. 21. Gaj. IV. §. 9. 171. Paul. sent. rec. I. 19. §. 1. Vielleicht auch nach Justinianischem Recht. Denn §. 7. Inst. cit. und §. 26. Inst. de act. kündigen keine vollständige Aufzählung dieser Fälle an. S. d. folgende Note und L. 7. D. de solut.

folge eines nichtigen Urtheils aus Irrthum das Judicatum gezahlt hatte, dieß nicht condiciren [45]). Daher soll auch in dem Fall unsrer Stelle zwar der ganze Prozeß und das condemnatorische Urtheil null seyn, aber eine Rückforderung des Gezahlten nicht Statt finden.

Was nun diese Stelle von der actio familiae erciscundae sagt, muß auch von der actio communi dividundo und finium regundorum gelten; d. h. der Prozeß muß nichtig seyn, wenn nicht die wahren Eigenthümer der gemeinschaftlichen Sache oder der benachbarten Grundstücke aufgetreten sind. Denn auch hier wird eine wesentliche Bedingung des Klagrechts, der Legitimationspunkt, nicht zum Gegenstand der Untersuchung und des Urtheils ge-

---

45) Hierauf deuten die Stellen, welche ganz allgemein, also auch für den Fall des nichtigen Urtheils die condictio indebiti auf das ex causa judicati Gezahlte versagen. L. 1. C. de cond. indeb. L. 2. C. de compens., worin zu lesen ist: Ex causa quidem judicati indebitum solutum repeti non potest. S. ferner L. 26. §. 10. D. de cond. indeb. L. 22. pr. §. 1. 2. 3. D. ratam rem hab. und vor Allem L. 74. §. 2. D. de judiciis, worin es heißt: Respondi, judicium nullum esse —; defensorem autem si ex causa judicati solverit, repetere — non posse. — Nur wenn durch Appellation das Urtheil aufgehoben wird, findet noch condictio indebiti statt nach L. 11. D. de appell. — Nach den angeführten Stellen scheinen diese Grundsätze noch zu Justinians Zeit gegolten zu haben, und es wäre wohl zu wünschen, daß auch in der Praxis ihnen das gebührende Ansehen verschafft würde, indem sie auf doppelte Weise eine heilsame Beschränkung der sg. querela oder exceptio nullitatis enthalten. Einmal dadurch, daß der Beklagte, der sich gegen die actio judicati oder in der Executionsinstanz auf die Nullität beruft, Gefahr läuft, das Doppelte bezahlen zu müssen, wenn er auch hier unterliegt. Zweitens indem er das einmal geleistete Judicatum unter dem Vorwande der Nullität des Urtheils nicht wiederfordern kann.

macht, sondern vorausgesetzt, woraus nothwendig folgt, daß sie Bedingung der förmlichen Gültigkeit des Prozesses seyn müsse.

Dessen ungeachtet wurde, wie es scheint, nach Römischem Recht über den Legitimationspunkt keine besondere Untersuchung angestellt, außer wenn es der Beklagte ausdrücklich verlangte, was denn in der Regel einen selbstständigen Prozeß über das Erbrecht oder das Eigenthum veranlaßte. Nach den Grundsätzen unsers gemeinen Prozesses aber muß der Richter wohl zur Verhütung eines nichtigen Verfahrens von Amtswegen auf die Ermittlung des Legitimationspunktes dringen. Auch kann und muß die Legitimation vor Einleitung der Hauptsache gefordert werden, kurz alle prozessualischen Grundsätze, die man gewöhnlich für die Legitimation allgemein behauptet, sind hier anwendbar, weil sie wirklich in diesem Fall von der Hauptsache zu trennen, und als Bedingung der förmlichen Gültigkeit des Prozesses anzuerkennen ist.

Gegen unsre im Allgemeinen aufgestellte Ansicht beweist indeß dieser Fall durchaus nichts. Denn erstens erklärt sich diese Anomalie sehr natürlich aus der Bedeutung der Theilungsklagen, die gar nicht bestimmt sind zur Geltendmachung des ihnen zum Grunde liegenden dinglichen Rechts oder Erbrechts, sondern nach Art einer Liquidationsinstanz, nur die Auseinandersetzung durch den Arbiter bezwecken. Zweitens ist eine ähnliche Trennung des Legitimationspunktes von der Hauptsache, den Quellen unsres gemeinen Rechts bei andern Klagen unbekannt, z. B. bei der actio confessoria, wo zwar auch unter gewissen Umständen der Kläger genöthigt werden kann, zuvor im Vin-

dicationsprozeß sein Eigenthum am praedium dominans zu beweisen [46]), in der Regel aber dieser Beweis einen Theil des judicium confessorium bildet [47]).

Eine besondre Wendung des Prozesses macht die Trennung der Legitimation vom Klaggrund nothwendig, wenn das streitige Rechtsverhältniß während des Prozesses auf eine andre Person übergeht, die ihn nun als Successor oder Repräsentant der frühern Parthei fortsetzt. So namentlich bei der Reassumtion der Sache durch den Erben oder Singularsuccessor [48]) und bei der Uebertragung auf einen Cessionar [49]). Hier ist das Judicium schon constituirt, sein Inhalt durch die von dem ursprünglich Berechtigten angestellte Klage schon gegeben. Die neu eintretende Parthei stellt auch keine neue Klage an, sondern setzt die frühere nur fort. Also kann das Successionsverhältniß, oder die Cession, kurz der Legitimationspunkt, in

---

46) L. 16. D. de except.

47) Das Eigenthum am praedium dominans wird häufig als Bedingung der actio confessoria genannt, nirgends aber eine solche Trennung von den übrigen Thatsachen des Klaggrundes angedeutet. Vrgl. L. 1. L. 2. §. 1. L. 6. §. 3. D. si servitus. Wenn daher die Formel hieß: Si paret jus eundi actori competere (Gaj. IV. §. 3.), so lag darin zugleich die Anweisung für den Judex, auch zu untersuchen, ob der Kläger Eigenthümer des praedium dominans sey.

48) Auch der Singularsuccessor ist, wie der Erbe, an die Facta seines Autors in diesem Prozesse gebunden, ohne Unterschied, ob er Donatar oder Käufer ist, nach Analogie der exceptio rei judicatae; kann aber auch willkührlich den Prozeß fallen lassen, oder fortführen, reassumiren.

49) Das Veräusserungsverbot der res litigiosa hindert ja eine solche Uebertragung der einen oder der andern Art nicht immer.

diesem Fall nicht Theil des Klaggrundes seyn. Er ist Bedingung der Befugniß, die ursprünglich fremde Sache fortzusetzen, also auch Bedingung der förmlichen Gültigkeit des weitern Verfahrens. Hieraus ergiebt sich denn auch die Nothwendigkeit einer eigenthümlichen Behandlungsweise. Der Richter muß hier die Legitimation von Amtswegen fordern, und ehe sie beschafft ist, kann die Hauptsache nicht fortgesetzt werden. Auch hierin liegt aber kein Gegengrund gegen die im Allgemeinen behauptete Ansicht. Denn die Trennung des Legitimationspunktes von dem Klaggrunde, die in andern Fällen durchaus willkührlich ist, wird in diesem Fall durch den Gang des Prozesses nothwendig herbeigeführt.

Wir haben bisher die gewöhnliche Behandlungsweise der Legitimation zur Sache hauptsächlich ihrem innern Zusammenhang nach geprüft, und auf diesem Wege zu zeigen gesucht, daß die von den praktischen Schriftstellern angeführten Gründe in der Regel eine solche Trennung der Legitimation von der Hauptsache nicht rechtfertigen. Hiermit ließe es sich indeß wohl vereinigen, daß unser gemeines Recht aus andern Gründen eine solche Trennung vorschriebe. Es ist also noch die historische Frage zu beantworten, ob die Quellen des gemeinen Rechts überhaupt eine solche Vorschrift enthalten, oder woher sonst diese ganze Behandlungsweise rühre, woraus sich zugleich ergeben wird, welchen Gesichtspunkt man dabei ursprünglich verfolgte.

Daß diese ganze Ansicht, die so sehr das Gepräge einer theoretisch gebildeten Zeit an sich trägt, nicht in dem ältern Deutschen Prozeß ihre Wurzel habe, bedarf wohl keines Beweises. Merkwürdig ist es indeß, daß das

altdeutsche Recht ein verwandtes Institut enthält, die Gewehr der Klage. Der Kläger nehmlich muß nach Vorschrift der Rechtsbücher in gewissen Sachen zu Anfang des Prozesses die Gewehr der Klage geloben, und dieß hat eine doppelte Wirkung: 1) Wenn die Gewehr mit Recht gebrochen wird, d. h. ein Andrer wegen derselben Sache als Kläger auftritt, und der bisherige Kläger ihn nicht abweisen kann, so verliert dieser nicht nur die Sache, sondern muß dem Gegner eine Buße, und dem Richter eine Wette bezahlen [50]). 2) Ehe die Gewehr gelobt ist, kann der Kläger seine Klage noch ändern, nachher nicht mehr [51]). In der ersten Wirkung liegt offenbar der Zweck des ganzen Instituts. Der Kläger soll Caution geben, daß er der rechte Kläger, der wirklich Berechtigte sey, und zahlt eine Strafe, wenn es sich nachher zeigt, daß er es nicht gewesen, und einen vergeblichen Prozeß veranlaßt habe. Also die Legitimation zur Sache ist es, die hier, wie es ja auch die spätern Praktiker wollen, durch eine Caution beschafft wird. Auch scheint die Gewehr der Klage nur in solchen Sachen vorgekommen zu seyn, wo der Legitimationspunkt von den übrigen Bedingungen der Klage getrennt werden kann, nehmlich bei Erbschaftsansprüchen und Verfolgung persönlicher Verletzungen, bei welchen der status familiae die Legitimation bildet [52]). Ein bestimmter historischer Zusammenhang dieses Instituts mit den neuern Grund-

---

50) Sächs. Landr. II. 15. Weichbild art. 114.

51) Sächs. Landr. III. 14. I. 63. Weichbild art. 40. 114.

52) Sächs. Landr. II. 15. 16. vergl. mit III. 14. I. 63. Weichbild art. 114.

sätzen über die Legitimation zur Sache ist indeß nicht anzunehmen, da diese Grundsätze sich schon bei den außerdeutschen Schriftstellern finden, die Gewehr der Klage aber ihre ursprüngliche Bedeutung im deutschen Prozeß schon im sechszehnten Jahrhundert verloren hatte [53]). Und selbst durch Analogie können daraus keine Folgerungen für das Recht der Legitimation gezogen werden, da die Gewehr eigentlich unter die poenae temere litigantium des altdeutschen Prozesses gehört, welche unserm heutigen Prozeß durchaus fremd sind.

Auch das Römische Recht kennt die Trennung der Legitimation von der Hauptsache als Regel nicht. Eine Ausnahme freilich haben wir oben bei den Theilungsklagen kennen gelernt, und daß auch der Cessionar, der als procurator in rem suam auftrat, sich durch den Beweis der Cession oder eine Caution ad causam legitimiren mußte, wenn ihm die Klage im Namen des Cedens gegeben werden sollte, ist früher als wahrscheinlich bemerkt worden. In andern Fällen aber wird die Legitimation von

---

53) Schon die Schriftsteller des sechszehnten und siebzehnten Jahrhunderts erwähnen nur die zweite Wirkung, daß die Klage nicht mehr geändert werden könne. Moller Comm. I. 4. n. 4. Colerus de process. execut. IV. 3. n. 12. Vultejus de judiciis II. 5. n. 225. sq. Die Neueren sagen, durch die Gewehr der Klage werde die Intervention eines Dritten nicht ausgeschlossen. Schaumburg princip. p. 106. Pfotenhauer doctr. process. §. 217. Biener syst. process. §. 79. Dieß war aber niemals ihre Wirkung, sondern nur die Zahlung der Wehrbuße und Wette. Die praktische Gültigkeit dieser Wirkung der Gewehr behauptet Meichsner de Guaranda, von Gewehr der Klage (Lips. 1724.) 4. §. 75. aber sicher ohne Grund,

der Hauptsache nicht getrennt, also auch nicht die förmliche Gültigkeit des Prozesses davon abhängig gemacht, wie es oben für die Präjudizialklagen, die querela inofficiosi, und die actio confessoria wegen einer Prädialservitut gezeigt worden ist. Auch wenn der Kläger als Erbe ein einzelnes zur Erbschaft gehöriges Recht durch Klage verfolgt, wird nirgends gesagt, er müsse sich durch den Beweis seines Erbrechts vor allen Dingen legitimiren, im Hauptverfahren aber die übrigen Bedingungen seines Klagerechts darthun. Bei der hereditatis petitio intestati aber wird ausdrücklich bemerkt, der status familiae, welcher hier den Legitimationspunkt bildet, sey als Theil der Hauptsache zu behandeln [54]). Auf dieselbe Weise wird die Passivlegitimation als Gegenstand der Hauptuntersuchung betrachtet, z. B. der Besitz des Beklagten bei der Vindication [55]).

---

54) L. 1. C. de ord. judicior. (3, 8.) Sever. et Ant. Adite Praesidem provinciae et ruptum esse testamentum Fabii Praesentis agnatione filii docete: neque enim impedit notionem ejus, quod status quaestio in cognitione vertitur, etsi super status causa cognoscere non possit: pertinet enim ad officium judicis, qui de hereditate cognoscit, universam incidentem quaestionem, quae in judicium devocatur, examinare: quoniam non de ea, sed de hereditate pronunciat.

55) L. 9. D. de rei vind. (Ulp.) Officium autem judicis in hac actione in hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat. Unter dem judex ist hier nach dem Zusammenhang der Stelle der Privatrichter im Gegensatz des Magistrats zu verstehen. Also nicht der Magistrat hat bei der Instruktion der Sache zu untersuchen, ob der Beklagte besitze, sondern der Judex im Hauptbeweisverfahren. Nur der Kläger hat sich vorher davon zu überzeugen, ob der Beklagte besitze, um nicht vergeblich zu klagen. L. 36. pr. eod. Der

Eine eigenthümliche Behandlungsweise der Passivlegitimation lag indeß in den interrogationes in jure faciendae. Der Kläger hatte nehmlich das Recht, den Beklagten durch eine förmliche Frage vor dem Magistratus zur bestimmten Erklärung über den Passivlegitimationspunkt zu nöthigen, ob und zu welchem Theil er Erbe des ursprünglichen Schuldners, ob er Eigenthümer oder Besitzer der Sache sey, deren Eigenthum oder Besitz ihn verpflichtet u. s. w. Allein von unserm Legitimationsverfahren war dieß doch noch wesentlich verschieden. Es wurde ja hierdurch nicht vom Kläger der Beweis jener Bedingungen seiner Klage vor der Einlassung gefordert, sondern ihm erlaubt, sich auf diesem Wege Gewißheit darüber zu verschaffen, und den Verlust des Prozesses zu vermeiden. Möglich aber war es ihm, seine Klage nach Gutdünken gegen den Beklagten zu richten, wenn er sich jener Gefahr aussetzen wollte. Ueberdieß hingen die interrogationes in jure mit der ältern Prozeßform wesentlich zusammen, und haben im Justinianischen Recht ihre eigenthümliche Stellung (vor der litis contestatio) und Bedeutung verloren, sie sind ein Theil des ordentlichen Beweisverfahrens geworden [56]), können also auch deshalb nicht mehr mit dem Legitimationsverfahren verglichen werden.

Richter aber giebt die Klage, ohne weitere Untersuchung auf des Klägers Gefahr. cf. L. 25. D. eod.

56) L. 1. §. 1. D. de interrog. in jure (11, 1.). Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur: quia nemo cogitur ante judicium de suo jure aliquid respondere. Die Stelle ist nehmlich interpolirt. — Ueber die interrog. in jure überhaupt vrgl. unten den Aufsatz über das gerichtliche und außergerichtliche Geständniß.

Eine Bestätigung unsrer Behauptung, daß dem Römischen Recht die Trennung der Legitimation von der Hauptsache fremd sey, liegt ferner darin, daß die praktischen Schriftsteller, wie sehr sie sonst bemüht sind, jeden Rechtssatz aus den geschriebenen Quellen des gemeinen Rechts abzuleiten, für dieses Princip keine Beweisstellen anzuführen wissen. Nur Ein Grundsatz des Römischen Rechts wird von ihnen hierher gezogen, und häufig als identisch damit betrachtet, die Regel über Präjudizialsachen, welche deshalb, in so weit sie hierher gehört, näher zu betrachten ist [57]).

Präjudiziell sind zwei verschiedene Sachen für einander, wenn in beiden dieselbe faktische Frage zur Entscheidung kommt [58]), also der Richter der ersten die zweite ganz oder theilweise zugleich mit entscheidet, d. h. dem Richter derselben präjudicirt, demselben eine Entscheidungsnorm giebt, die dieser entweder befolgen muß, oder wenigstens zu befolgen geneigt seyn könnte [59]). Die Ord-

---

57) Die Lehre in ihrem ganzen Umfang gehört nicht hierher. vgl. Savigny de concursu delictorum formali (Marb. 1800. 8.). §. 13—15.

58) L. 21. D. de except. Rei majoris pecuniae praejudicium fieri videtur, cum ea quaestio in judicium deducitur, quae vel tota, vel ex aliqua parte communis est quaestioni de re majori.

59) Praejudicium ist nach Asconius in Divin. c. 4. res quae cum statuta fuerit, affert judicaturis exemplum, quod sequantur. Dieß ist freilich nicht bloß in dem im Text bezeichneten Falle möglich. vgl. Quintil. Instit. or. V. 2. und Savigny l. c. In diesem Falle aber entweder nach der strengen Wirkung der res judicata, durch die der zweite Richter unbedingt gebunden ist, oder auf eine unvollständigere Weise, wenn der Richter der zweiten Sache

nung, in welcher solche präjudizielle Sachen untersucht und entschieden werden sollten (ordo cognitionum oder judiciorum [60]), war durch folgende zwei Regeln bestimmt: 1) Wenn dieselbe Frage den ausschließenden Inhalt beider Sachen ausmacht, so soll die größere (major causa) zuerst entschieden, und dadurch der kleinern präjudicirt werden, nicht umgekehrt. So z. B. die Criminalsache vor der Civilsache u. s. w. [61]). 2) Wenn dieselbe Frage in der einen Sache nur als quaestio incidens vorkommt, und den ausschließenden Inhalt der andern ausmacht, soll diese letztere zuerst untersucht und entschieden werden. Sehr natürlich; da der gesammte Inhalt dieser Sache für jene entscheidend, präjudiziell ist, in jener aber manche Thatsachen untersucht werden müssen, die für diese nicht von Einfluß sind. So soll, wenn mit der actio confessoria wegen einer Prädialservitut die Vindication des praedium dominans concurrirt, die letztere zuerst angestellt werden [62]). Eben so geht in der Concurrenz der Vindication mit der actio communi dividundo, oder der condictio auf die Früchte des streitigen Grundstücks

---

nur veranlaßt wird, sich nach der frühern Entscheidung zu richten. Dieß wird jetzt zwar als Mißbrauch betrachtet, bei den römischen Judices aber war dies sehr gewöhnlich.

60) Cod. 3, 8. de ordine judiciorum. 7, 29. de ordine cognitionum.

61) L. 54. D. de judiciis (Paul.). Per minorem causam majori cognitioni praejudicium fieri non oportet; major enim quaestio minorem ad se trahit, d. h. durch Entscheidung der größern soll die kleinere zugleich mit entschieden werden.

62) L. 16. D. de except.

jene Klage dieser vor [63]); ferner die hereditatis petitio der actio familiae erciscundae [64]), die status quaestiones andern Klagen, die von ihnen abhängig sind, weshalb sie auch wohl praejudicia genannt werden [65]). In allen diesen Fällen kann der Beklagte, der mit der zweiten Klage belangt wird, durch Vorschützung der exceptio: ne praejudicium fiat (praejudicialis) verlangen, daß, was in dieser Sache nur quaestio incidens ist, ausgesondert und in einem besondern Prozeß zuvörderst untersucht werde. Doch hängt dieß meist von seiner Willkühr ab. Wenn er jene Einrede nicht vorschützt, so wird jene Incidentfrage auch nur als solche, d. h. im Laufe dieses Prozesses untersucht und entschieden [66]).

Dieß sind die Fälle, wo die exceptio praejudicialis mit der exceptio deficientis legitimationis ad causam einige Aehnlichkeit hat, weshalb sie auch von vielen für

---

63) L. 18. D. eod.

64) L. 1. §. 1. D. famil. ercisc.

65) Von dem Verhältniß der liberalis causa zu andern von ihr abhängigen Sachen s. L. 24. D. de lib. causa. L. 7. §. 2. D. de her. pet. L. 26. D. ad L. Jul. de adult. L. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. C. de ord. cogn. L. 31. C. de lib. causa. L. 10. C. de injuriis. Von dem praejudicium de ingenuitate L. 6. D. si ingenuus esse dic. Vom status familiae L. 2. C. de ord. jud.

66) L. 1. C. de ord. jud. s. oben Note 54. Im Fall dieser Stelle konnten die Gegner des nachgebornen Sohnes durch Vorschützung der exceptio praejudicii die Entscheidung über dessen Legitimität in einem selbstständigen Prozeß, ehe es zur hereditatis petitio kam, erzwingen. Da sie hierauf aber nicht provociren, nicht seine Legitimität im allgemeinen, sondern nur insofern er ein Erbrecht darauf gründet, bestreiten, so soll die quaestio incidens in dem Erbschaftsprozeß selbst untersucht und entschieden werden.

identisch erklärt werden [67]). Es läßt sich indessen leicht zeigen, daß jene Grundsätze des Römischen Rechts, abgesehen davon, daß sie von viel allgemeinerer Anwendung sind, selbst in jenen Fällen, von der neuern Theorie über die Legitimation der Sache wesentlich verschieden sind. Durch die exceptio praejudicii erregt der Beklagte dem Kläger über jene quaestio incidens einen neuen selbstständigen Prozeß, dessen ausschließender Inhalt dieselbe wird. Er bestreitet ihm sein Erbrecht, sein Eigenthum, oder seinen status, und hierüber muß nun als über eine selbstständige Sache förmlich verhandelt, und durch ein besonderes Urtheil entschieden werden. Dann erst kann von der zweiten Sache die Rede seyn. Die Legitimation zur Sache aber kann häufig gar nicht Gegenstand eines selbstständigen Prozesses seyn (z. B. die Cession) und wo sie es auch seyn könnte wird sie durch die exceptio deficientis legitimationis nicht dazu gemacht; sie bleibt Incidentpunkt dieser Sache, der aber vor allen übrigen Punkten untersucht und interlocutorisch entschieden werden soll. Freilich ist er ein Präjudicialpunkt, d. h. eine Thatsache, von der die ganze Sache abhängt. Allein deren vorläufige Entscheidung hat das Römische Recht nirgends geboten [68]) und konnte es in der That nicht gebieten, da der Begriff

---

67) Gensler a. a. O. S. 140. Note 61.

68) Wenn L. 4. D. qui test. fac. poss. und L. 8. C. de pet. her. sagen, der Richter müsse zuvörderst darauf sehen, ob der Testirer testamenti factio gehabt, dann, ob das Testament rite gemacht sey, so wird ihm damit keine Vorschrift gegeben, in welcher Ordnung er die einzelnen Punkte der Sache untersuchen soll, sondern nur, wie es die Natur der Sache giebt, Bedingung der Möglichkeit und Wirklichkeit unterschieden.

ganz schwankend ist, oder doch jede Thatsache des Klaggrundes mit gleichem Recht präjudiciell genannt werden, und deshalb auf denselben Vorzug Anspruch machen könnte.

Indessen ist nicht zu leugnen, daß jene Grundsätze über die Ordnung der Präjudicialsachen auf die Entwikkelung der Lehre von der Legitimation bei den Schriftstellern über das gemeine Recht Einfluß geübt haben. Der Ursprung dieser Lehre selbst ist aber erst bei diesen zu suchen.

Schon die Glossatoren haben die allgemeine Frage, die der ganzen Lehre zum Grunde liegt, aufgeworfen, und im Wesentlichen richtig beantwortet. Durantis, der vielleicht auch hier Aeltere benutzt, ohne sie zu nennen, sagt [69]): Wer alieno nomine klagt, muß vor der

---

69) Specul. jur. I. 2. tit. de actore n. 72—74. Respon. in quaestione proposita et similibus, cum quis agit aut nomine suo, aut alieno: si suo, puta petitione hereditatis, vel ex jure cesso et similibus, non tenetur ante litis contestationem ostendere se heredem, vel sibi jus esse cessum; sicut si rei vindicatione agat, non tenetur ante litis contestationem ostendere se dominum. Hujusmodi enim exceptiones: non es heres, non est tibi jus cessum, non es dominus, si probentur, perimunt intentionem agentis, et ideo litis contestationem non impediunt X. de lit. cont. c. exceptionis lib. 6. Argument. contra D. famil. ercisc. L. 1. ubi contra proponentem se heredem et ad hoc familiae erciscundae agenti obstat exceptio, quod non est heres. Respon. illud speciale est, ne fiat praejudicium petitioni hereditatis, quae de sua natura praccedere debet, ut ibi dicitur. Idemque dici potest in aliis praejudicialibus, ut si dicatur actor servus vel filius conventi, ut C. de ord. jud. L. 1. 2. Inst. de act. §. praejudiciales. et hae praejudiciales proponuntur et probantur ante litis contestationem ut C. de adulter. L. quoniam.

Einlassung beweisen, daß er als Mandatar, Tutor, oder sonst die Befugniß habe an der Stelle des eigentlichen Klägers aufzutreten. Wer dagegen suo nomine klagt, ein eignes Recht verfolgt, z. B. als Erbe oder Cessionar, braucht nicht vor der Einlassung darzuthun, daß er Erbe oder Cessionar sey. Denn sonst müßte ja auch der Kläger bei der Vindication den Erwerb des Eigenthums vor der litis contestatio beweisen. Dann würde aber die Hauptsache selbst

---

Si autem alieno nomine quis agat, tunc ante omnia docere debet de mandato et se legitime constitutum esse, ut in tutore, curatore, syndico, oeconomo, procuratore et similibus personis supra probavi. Ibid. II. 2. tit. de instrum. edit. §. 5. n. 4. Sed quid: ecce T. cedit mihi jus et actiones, quas habet contra P. Convenio ipsum P. ipse vero ante litis contestationem petit copiam instrumenti cessionis? et videtur quod sit facienda: quia personam alterius in judicio repraesento, ex quo ago ex jure cesso. — Item quamvis resultet, quod actu habeam jus in re, nihilominus tamen agendo ex jure cesso vice procuratoris fungor — Ergo ante litem contestatam est copia facienda, X. de procur. c. in nostra. in fin. quia sine mandato non debet audiri. — Contrarium tamen puto, quia ante litis contestationem non sunt admittendae probationes super principali, etiamsi ego velim: X. ut lite non contest. per totum X. de judic. c. exhibita. Item si fieret copia ante litem contestatam, sequeretur absurditas: quia pari ratione heres, legatarius, emptor, permutator, et quilibet habens causam vel titulum ab alio, teneretur ante litem contestatam exhibere instrumenta, quibus huiusmodi causa vel titulus continetur, quod ridiculum esset dicere: quia sic cognosceretur de principali; et ideo tales exceptiones non impediunt litis contestationem. — Vel dic, quod si ago meo nomine, scilicet utili actione, tunc non cogor exhibere ante litis contestationem; secus, si ago directa, scilicet nomine cedentis: quia tunc idem juris est, quod in procuratore, tutore et similibus: et sic obtinuit arg. D. de procur. l. licet. et sic do. Clemens Papa IV. visus est sentire.

selbst vor der Einlassung oder vor dem förmlichen Anfang des Prozesses untersucht und entschieden. Mit andern Worten: die legitimatio ad acta eines Repräsentanten des eigentlich Berechtigten gehört nicht zum Hauptgegenstand des Prozesses, sondern ist als Bedingung seiner förmlichen Gültigkeit vor dessen förmlichem Anfang zu berichtigen. Alle Thatsachen hingegen, auf welchen das Recht des in eignem Namen auftretenden Klägers beruht, also auch der Legitimationspunkt, gehören zum Klaggrund und Hauptgegenstand des Prozesses, sind also nicht als zur constitutio judicii gehörig vor der litis contestatio, sondern nachher im Hauptbeweisverfahren zu untersuchen. Also die Ansicht, die wir früher als die richtige bezeichneten, wird auch hier als Regel behauptet. Doch werden zwei Beschränkungen bemerkt: 1) bei Präjudizialsachen zufolge der exceptio praejudicii. 2) Beim Cessionar. Wenn dieser mit der actio utilis suo nomine klage, so brauche er seinen Titel vor der Einlassung nicht zu beweisen. Wenn er aber als procurator in rem suam auftrete, müsse er sich durch den Beweis der Cession vor der Einlassung legitimiren. Wie es sich mit dem ersten Fall verhalte, ist oben gesagt worden, und auch für den zweiten Fall ist früher vorgekommen, daß man jene beiden Formen der Klage des Cessionars nicht mehr als praktisch verschieden betrachten könne, daß der Cessionar prozessualisch immer als ein solcher zu behandeln sey, der ein eignes Recht verfolgt.

Johannes Andreä giebt in seinen Anmerkungen zur zweiten Stelle des Durantis die im Text vorgetragene richtige Regel durch folgenden Ausdruck wieder, der sehr an die Terminologie der neuern Zeit erinnert: Et per ibi

scripta vides, quod legitimare causam suam quis non cogitur ante litis contestationem, sed personam sic.

Dieſelbe richtige Anſicht haben auch noch die Commentatoren, Bartolus und Baldus [70]). Nur darin liegt ſchon ein Uebergang zur falſchen Theorie, daß ſie die Verhandlung einer Präjudizialſache als Legitimation zum zweiten Prozeß betrachten [71]), und vom Ceſſionar, wie Durantis, den Beweis der Ceſſion vor der Litisconteſtation fordern [72]).

Vollſtändig entwickelt erſcheint die unrichtige Anſicht zuerſt bei den ſpätern Praktikern des ſechszehnten und ſiebzehnten Jahrhunderts [73]), indem ſie ſchon die Legitimation zur Sache ganz nach den Grundſätzen der andern Legitimationen behandeln.

Ganz übereinſtimmend hiermit iſt die Theorie der

---

70) Bartolus ad L. non oportet (54) de legat. 2. Baldus ibid. Interdum quaeritur de persona respectu judicii, interdum quaeritur de persona respectu juris principalis intentati. Primo casu ante omnia debet quaeri de persona ut C. de adult. L. quoniam (26), secundo casu, cum respicit decisoria, non debet quaeri in exordio litis, sed in medio tempore, quo percipiuntur probationes in principali causa.

71) Baldus ad L. 3. C. de ed. D. Hadr. toll. n. 50. Bartolus ad L. non ignorat (9) C. qui accusare. Non debet admitti quis ut talis, nisi prius probet se talem.

72) Bartolus ad L. qui stip. (9) C. de procur. n. 3. 5. Idem ad L. si duo rei (93) D. de solut. n. 3. Baldus ad L. qui stip. cit. n. 5. 6.

73) Menoch. de interdict. adipisc. poss. III. n. 164. Lancellott. de attentatis III. 24. qu. 2. 25. n. 36—41. Postius de manutenendo obs. 87. Scaccia de judiciis I. 62. n. 24.

gleichzeitigen praktischen Schriftsteller in Deutschland, nur daß sie bei der einmal herrschenden Verwirrung der Begriffe noch einen andern Grundsatz damit in Verbindung setzen, nehmlich den über den Mangel des Klagrechts. Schon die ältern Praktiker hatten angenommen, wenn dem Kläger aus rechtlichen oder unmittelbar liquiden faktischen Gründen keine actio zustehe, so könne der Richter von Amtswegen [74]) und der Beklagte durch die exceptio deficientis actionis [75]) oder tua non interest [76]) den Kläger vor der Einlassung abweisen. Dahin rechnete man nun auch den Fall der mangelnden Legitimation zur Sache und sagte: der Kläger müsse vor allen Dingen beweisen, daß ihm das Klagrecht, und gegen diesen Beklagten zustehe, denn dieß gehöre zu seiner Legitimation [77]). Der Beklagte könne dieß fordern durch die exceptio deficientis legitimationis, oder tibi actio non competit, ad te haec res non pertinet, quoad te liberas aedes habeo [78]) und die Passivlegitimation durch eine ähnliche

---

74) Bartolus in L. ubi pact. (40) C. de transact. n. 7. 8. 17. Baldus in L. cit. n. 6 Jason ibid. n. 10. 11. 19. Menoch. arb. jud. quaest. qu. 16.

75) Bartolus in L. pupillus (6) §. fin. D. de negot. gest. Idem in L. nam et postea (9) pr. D. de jurejur. n 6. Idem in L. mater (19) D. de inoff. test. n. 2.

76) Bartolus in L. mater (19) n. 2. L. post. (6) §. 1. n. 2. D. de inoff. Baldus in L. citt.

77) S. im Allg. Mevius Decis. III. 21. V. 13. I. 203 Auch für den Fall der Cession Colerus de process. execut. II. 2 n. 59. sq.

78) Mevius loc. cit. und V. 188. VIII. 272. Gilhausen arbor jud. V. 10. n. 117. Martini comm. in ord. pro-

Einrede mit verschiedenen Namen, z. B. exc. non aditae hereditatis [79]). Diese Einrede sey allemal liquide, weil der Beklagte fundatam intentionem habe, und der Kläger beweisen müsse [80]) und eine exceptio litis ingressum impediens. Der Richter müsse aber auch von Amtswegen den Kläger wegen mangelnder Legitimation oder was dasselbe ist, wegen offenbar mangelnden Klagrechts, oder Interesses zurückweisen [81]). Denn die Folge dieses Mangels sey Nullität des ganzen Verfahrens [82]). In dieser Zeit fing man auch an diese Art der Legitimation von den andern Arten mehr zu trennen, und durch einen besondern Namen, legitimatio ad causam, auszuzeichnen [83]). Später gab man der Lehre immer mehr Ausdehnung und innern Zusammenhang und die neusten Schriftsteller bemühten sich vergeblich, theoretisch und aus der Natur der Sache zu rechtfertigen, was in seiner ersten Grundlage auf einem Irrthum beruhte.

Das Resultat dieser historischen Untersuchung ist also folgendes. Dem Römischen Recht ist die Trennung der Legitimation von der Hauptsache als Regel fremd. Auch

---

cess. XI. §. 7. n. 15—22. Brunnemann de processu XVI. n. 5. 11.

79) Gilhausen l. c. Martinus l. c. Coch Praxis III. p. 319.

80) Mevius Decis. VIII. 272.

81) Mevius Decis. I. 42. V. 13. Zanger de except. III. 26. n. 16. sq. Martinus l. c. n. 20.

82) Mevius Decis. V. 13. 188. IV. 204.

83) S. besonders die oben angeführte Dissertation von Slevogt, die in diese Zeit gehört.

die ältern Praktiker wissen davon nichts, doch ließen sie schon in einzelnen Fällen eine abweichende Behandlungsweise zu, irre geleitet durch einige verwandte Grundsätze der Quellen. Die Spätern erweiterten dieß, und behandelten allgemein gewisse Thatsachen des Klaggrundes als Legitimation, eine Ansicht, die sich bei der Verwirrung der Begriffe in der Praxis leicht fortpflanzte, die wir aber wohl berechtigt wären, gänzlich zu verlassen, da sie weder in den Quellen begründet ist, noch auch innern Zusammenhang hat.

Daß dieß geschehen müsse, ist indeß meine Meinung nicht, und zwar aus zwei Gründen. Erstens weil ihr durch verjährte Uebung, ja selbst durch Aufnahme in Partikulargesetzgebungen [84]) fürs Erste wenigstens eine praktische Autorität gesichert ist, welche anerkannt werden muß. Noch entscheidender ist aber der zweite Grund, nehmlich daß die gewöhnliche Behandlung der Legitimation zur Sache sich wirklich innerlich rechtfertigen läßt, nur freilich von einem ganz andern Standpunkt, durch ganz andre Gründe als die gewöhnlichen, wodurch denn auch die Sache selbst in vielen wesentlichen Punkten eine andre Gestalt gewinnt.

Die neuern Schriftsteller haben sich bemüht, die Sache theoretisch zu rechtfertigen, durch Auffindung eines innern Gegensatzes zwischen Legitimation und Klaggrund, und mußten dabei nothwendig scheitern, weil ein solcher innerer Gegensatz nicht existirt, weil, wie wir gesehen haben, der

---

84) Insbesondere die Sächsischen Prozeßordnungen. S. Erl. K. Sächs. Prozeßord. a. 1724. ad tit. XI. §. 2. ja selbst die Allg. Gerichtsord. für die Preuß. Staaten. I. 5. §. 4 u. 6.

Legitimationspunkt wesentlich Theil des Klaggrundes ist. Betrachten wir aber die Sache vom rein praktischen Standpunkt aus, sehen wir nicht auf das Materielle, sondern auf das Formelle, die zweckmäßigste und bequemste Behandlungsweise der Rechtssachen, so werden wir auf Gründe geführt, die sicher auch bei der Entwicklung dieser Grundsätze in der Praxis mitgewirkt haben, nur ohne daß man sich derselben deutlich bewußt wurde.

Die Abkürzung der Prozesse, das Abschneiden eines vergeblichen Verfahrens ist gewiß sehr wünschenswerth, wenn es nicht auf Kosten des materiellen Rechts geschieht. So wird man es sicher zweckmäßig finden, wenn dem Richter die Befugniß gegeben wäre, um jenes Zweckes willen, von der gewöhnlichen strengen Ordnung des Verfahrens abzuweichen, insbesondere über eine Thatsache, von welcher die ganze Sache abhängt, und welche sofort ermittelt werden kann, vor allen Dingen eine Untersuchung anzustellen, um dadurch eine weitläuftige vielleicht unnütze Verhandlung über die andern Punkte abzuschneiden. Die Frage ist nur: hat der Richter wirklich diese Befugniß nach gemeinem Recht? Ich glaube, ja. Denn hierauf beruht ja die eigenthümliche Behandlung der peremptorischen prozeßhindernden Einreden. Dieß sind gewöhnliche peremptorische Einreden, deren Beweis der Beklagte sofort beizubringen sich erbietet, und die, wenn ihm dieß gelingt, ihn von der Verpflichtung sich in einen weitläuftigen Prozeß einzulassen befreien. Sollte dasselbe nicht auch bei einzelnen Thatsachen des Klaggrundes gelten? Gewiß mit demselben Rechte. Und daß es wirklich angenommen worden, beweist eben die eigenthümliche Behandlung der Le-

gitimation zur Sache. Der Legitimationspunkt ist eine Thatsache des Klaggrundes, von welcher die ganze Sache abhängt, und über welche häufig nach einer kurzen und einfachen Untersuchung mit völliger Sicherheit entschieden werden kann. In diesem Fall ist es durchaus zweckmäßig, daß der Richter vor allen Dingen darauf seine Untersuchung richtet, und nur wenn der Legitimationspunkt in Ordnung ist, das weitere Verfahren einleitet. Auf diesen Fall als einen sehr häufigen, haben, wie es oben bemerkt wurde, die meisten praktischen Schriftsteller ausschließend Rücksicht genommen. Dieß praktische Bedürfniß war daher nach meiner Ueberzeugung auch die Hauptveranlassung zu jener abweichenden Behandlungsweise des Legitimationspunktes schon in der ältern Zeit. Und später mußte in Deutschland, als der Prozeßgang noch fester geregelt, in eine bestimmte Anzahl Schriftsätze eingeengt, in das erste und das Beweisverfahren zerschnitten, und so fast ganz der willkührlichen Leitung des Richters entzogen wurde, dieses Bedürfniß noch dringender werden, und die einzelnen Ausnahmen von diesem regelmäßigen Prozeßgang mußten eine noch festere Gestalt gewinnen.

Gehen wir von diesem allgemeinen Gesichtspunkte aus, so ergeben sich für die ganze Lehre folgende Grundsätze [85]).

Ueberall wo der Richter sieht, daß eine einzelne für die ganze Sache entscheidende Thatsache des Klaggrunds schnell ermittelt, und dadurch vielleicht der ganze Prozeß

---

85) Im Wesentlichen stimmt mit dem Folgenden überein die Allg. Gerichtsord. I. 5. §. 29. 30.

abgeschnitten werden kann, ist er befugt von dem gewöhnlichen Prozeßgang abzuweichen, und zuvörderst auf jenen Punkt seine Untersuchung zu richten. Dieß wird bei dem sg. Legitimationspunkt besonders häufig der Fall seyn, indessen nicht ausschließend. Dasselbe muß consequenterweise auch bei andern Thatsachen des Klaggrundes gelten, daher selbst eine genaue Bestimmung, was zur Legitimation gehöre, was nicht, praktisch überflüssig ist.

Eine solche Abweichung von der gewöhnlichen Ordnung des Verfahrens wird der Richter sich eher erlauben können, wenn der Beklagte sie verlangt (s. g. except. defic. legitimat.). Doch wird er sie auch dann nur zulassen, wenn er es zur Abkürzung des Prozesses zweckmäßig findet; und ist dieß der Fall, so ist er selbst unaufgefordert dazu befugt. Ja es läßt sich vielleicht rechtfertigen, daß, selbst wenn der Beklagte den Legitimationspunkt zugesteht, der Richter aber befürchtet, daß durch einen später hervortretenden Mangel darin der ganze Prozeß unnütz werden möchte, er durch eine gründliche Untersuchung sich volle Ueberzeugung zu verschaffen suche [86]).

Auf die eine oder andere Weise entsteht dann über den Legitimationspunkt, oder was es sonst für eine Thatsache des Klaggrundes ist, ein Incidentverfahren, dessen Gang folgender seyn wird. Der Kläger muß den Beweis führen, und dieser Beweis ist ein schleuniger, aber voll-

---

86) Wenn z. B. bei der actio familiae erciscundae die Partheien sich gegenseitig als Erben anerkennen, so wird der Richter dennoch wohlthun, auf Produktion des Testamentes, oder den Beweis ihres verwandtschaftlichen Verhältnisses zu dringen, um ein vergebliches Verfahren zu verhüten.

ständiger. Gelingt derselbe, so geht die Hauptsache ihren gewöhnlichen Gang fort, über die schon bewiesene Thatsache wird aber im Hauptverfahren nicht noch einmal Beweis gefordert. Ist er nicht geführt, und es ist durch Gegenbeweis oder sonst dem Richter gewiß geworden, daß nicht der rechte Kläger oder nicht der rechte Beklagte aufgetreten sey [87]), so muß er den Kläger abweisen, den Beklagten ab actione absolviren. Ist aber Alles ungewiß geblieben, so muß dem Kläger erlaubt werden seine Klage weiter zu verfolgen. Denn es ist ihm ja vielleicht möglich, beim Hauptbeweise noch die Legitimation vollständig zu beschaffen, und es wäre eine durch kein Gesetz begründete Härte, ihm die gewöhnliche bequemere Beweisform für diesen Theil seines Klaggrundes zu versagen. Ja es muß selbst dann dieß Incidentverfahren abgebrochen und die weitere Untersuchung auf den Hauptbeweis übertragen werden, sobald es droht weitläuftig zu werden, weil es sonst nur Verzögerung, nicht Abkürzung des Prozesses bewirken würde. Denn auch die prozeßhindernden Einreden werden ja, wenn sie nicht schleunig bewiesen werden können, als solche verworfen, aber als simple peremptorische Einreden im Hauptverfahren noch zugelassen.

---

87) Häufig wird der Beweis des Legitimationspunktes für den Kläger, wenn er wirklich der Berechtigte ist, so leicht seyn, daß der Richter schon daraus, daß er ihn nicht sofort zu führen vermag, mit Sicherheit schließen kann, daß es ihm an der Legitimation fehle.

III.

Ueber Repräsentation im Prozeß.

In keinem Punkt hat sich die bei uns herrschende Rechtsansicht von ihrer ersten Quelle, dem ältern Römischen und Deutschen Recht weiter entfernt, als in den Grundsätzen über Repräsentation bei juristischen Handlungen. Wir finden gar keine Schwierigkeit darin, daß ein Rechtsgeschäft durch einen Dritten im Auftrag und im Namen desjenigen, für den es wirksam werden soll, vorgenommen werde. Dieß scheint uns, weil wir es gewohnt sind, das schlechthin Natürliche, und wir sind sehr geneigt, jene ältere Ansicht, nach welcher dieß nicht möglich ist, für willkührlich und subtil zu erklären. Und dennoch ist sie gewiß die natürlichere. Wahrscheinlich wird dieß schon dadurch, daß wir sie in jenen ursprünglichen einfacheren Rechtszuständen herrschend finden; und ein Blick auf die Sache selbst bestätigt es. Jede juristische Handlung ist ein Willensakt, wodurch der Handelnde auf absichtliche Weise die äußere Sphäre seiner Freiheit erweitert oder beschränkt, d. h. Rechte erwirbt oder aufgiebt, oder sonst, so weit seine Macht reicht, juristisch disponirt, wie der Besitzer körperlicher Sachen faktisch über diese verfügt. Schon aus

dem Begriff juristischer Handlungen also ergiebt es sich, daß derjenige, in dessen Rechtsverhältnissen jene Aenderung vorgehen soll, selbst thätig seyn müsse. Und es gehört ein höherer Grad juristischer Abstraktion dazu, um zu der Ansicht zu gelangen, daß man sich dabei auch eines Dritten, als eines bloßen Werkzeuges, bedienen könne.

Es giebt indeß noch eine zweite Art juristischer Repräsentation, nehmlich in Beziehung auf die Ausübung von Rechten, uud dieser steht jenes Princip nicht im Wege, wenn gleich dasselbe auf gewissen Punkten auch hier sich wirksam zeigt. Denn wenn Jemand das Recht eines Andern in dessen Namen, also als sein Stellvertreter ausübt, so können die einzelnen Handlungen, die er deshalb vornimmt, ihre juristischen wie ihre natürlichen Wirkungen nur für ihn selbst äußern. Uebrigens kann das Verhältniß eines solchen Repräsentanten noch auf zwiefache Weise gedacht werden. Entweder er ist wieder nur Werkzeug des Dominus, welcher durch ihn sein Recht ausüben will. Dann müssen alle für ihn eingetretnen faktischen Vortheile und erworbnen Rechte auf den Dominus zurück übertragen werden. Oder ihn sollen alle Folgen der Ausübung des fremden Rechts auf bleibende Weise treffen. Im ersten Fall ist er bloßer Geschäftsführer, im zweiten procurator in rem suam. Das Verhältniß des letztern ist einer Uebertragung des Rechts verwandt, ja dem Erfolge nach diesem gleich. Nur was die Bedingungen und den Umfang der Befugnisse des Repräsentanten betrifft, ist es von Bedeutung, daß er nicht ein eignes, sondern ein fremdes Recht ausübt.

Indeß ist auch die Ausübung eines Rechts durch

einen Stellvertreter nicht immer möglich. Und zwar wird sie häufig durch zwei Gründe ausgeschlossen. Erstens weil das Recht selbst in dem Grade höchst persönlich ist, daß es nicht übertragen werden kann, auch nicht der Ausübung nach, z. B. Familienrechte. Zweitens, wenn die Ausübung selbst wieder durch juristische Handlungen geschieht, welche ihrer Natur nach auf das ausgeübte Recht und den Berechtigten zurückwirken.

Beide Gründe treffen zusammen bei Klagrechten. Denn diese sind 1) den Obligationen ähnlich in ihrer wesentlichen Beziehung auf zwei bestimmte Personen. Eine Veränderung dieser Personen ist wesentliche Veränderung des Rechtsverhältnisses selbst, und daher Verletzung des Gegners. Daher ist keine Uebertragung dieser Rechte, nicht einmal der Ausübung nach, möglich, wobei, wenn auch nicht die theoretische Consequenz, doch das Interesse des Gegners gefährdet wäre. Sollte sie doch zugelassen werden, so müßte wenigstens der Gegner gegen jeden Nachtheil sicher gestellt seyn. Sodann ist 2) die Ausübung eines Klagrechts nur im Prozeß möglich. Die Prozeßhandlungen aber sind nicht rein faktischer Natur, sondern haben, wie Rechtsgeschäfte, juristische Folgen, und zwar für das streitige Recht selbst. Denn es soll eine Entscheidung und bleibende Bestimmung desselben durch das richterliche Urtheil erfolgen. Indem die streitenden Theile diese herbeiführen, disponiren sie gleichsam über das streitige Recht, und dieß können nur der Berechtigte und Verpflichtete selbst, nicht ein Dritter für sie. Endlich könnte man 3) noch hinzufügen, daß es zweckmäßig sey, in den gerichtlichen Verhandlungen die Gegenwart der

Partheien selbst zu fordern, weil hierdurch die Untersuchung der Sache erleichtert werde. Allein dem Civilprozeß, der es nur mit förmlicher Wahrheit zu thun hat, ist diese Rücksicht fremd. Ich finde sie auch nirgends beachtet, als in einer neuern Gesetzgebung, welche auch in andern Beziehungen diese Eigenthümlichkeit des Civilprozesses verkannt hat [1]). Freilich sind auch jene andern Gründe in den oben genannten ältern Rechten, wenigstens in der frühesten Zeit, nicht ausgesprochen. Man wurde ihrer sich nicht deutlich bewußt, sondern blieb, einem natürlichen praktischen Gefühle folgend, bei dem Einfacheren stehen, welches dann auch in der Zeit des wissenschaftlichen Bewußtseyns als das consequenteste sich bewähren muß.

So wurde in dem ältern Deutschen Prozeß der Grundsatz, daß die Partheien persönlich vor Gericht erscheinen müssen, wenigstens als Regel festgehalten, wenn gleich das Bedürfniß schon früh häufige Ausnahmen veranlaßte [2]).

Ebenso in dem ältesten Römischen Recht. Zu der Zeit, als noch die legis actiones die Grundform des Civilprozesses bildeten, ließ man keine Repräsentanten zu, der

---

1) Ich meine den Preußischen Prozeß. Diese Verordnung ist überdieß unausführbar befunden und aufgehoben worden S. Allg. Gerichtsord. Einleit. §. 12. Anh. 1. Theil I. Tit. 6. §. 14. Anh. 50. — Im Criminalprozeß dagegen forderte schon das Römische Recht die Gegenwart der Partheien selbst. L. 13. §. 1. D. de publ. judiciis L. 11. C. de injuriis.

2) S. Heineccius Elem. jur. Germ. III. 2. §. 94. und Maurer Geschichte des altgerman. Gerichtsverfahrens. §. 13. 60. 100—102. Die Ausnahmen mußten in Deutschland schon wegen der größern Ausdehnung des Landes häufiger seyn als in Rom.

Kläger und der Beklagte mußten selbst vor dem Prätor auftreten, und lege agere; eine Regel, von welcher man nur wenige Ausnahmen machte [3]). In der spätern Zeit aber wurde durch den erweiterten rechtlichen Verkehr Repräsentation [4]) im Prozeß unentbehrlich. Auch in dieser Beziehung mochten die alten legis actiones zu streng und unbiegsam erscheinen, daher sie abgeschafft, und mit einer freieren Prozeßform (per formulas) vertauscht wurden. Nun ließ man allgemein Repräsentanten der verschiedensten Art im Prozesse zu, nicht nur eigentliche Geschäftsführer, Sachwalter (procuratores, cognitores) und Vormünder (tutores, curatores), sondern auch solche, die in eignem Interesse den fremden Prozeß übernahmen (pro-

---

3) Gaj. IV. §. 82. .. cum olim quamdiu *solae* legis actiones in usu fuissent, alterius nomine agere non liceret. pr. Inst. de iis per quos ag. poss. Auch in so weit noch später die legis actiones vorkamen, war dabei Repräsentation unzulässig nach Ulpian in L. 123. D. de reg. jur. Nemo alieno nomine lege agere potest. Ferner gehört dahin die strenge Vorschrift der zwölf Tafeln: Si morbus aevitasve vitium escit, qui in jus vocabit, jumentum dato; si nolet arceram ne sternito. Gell. noct. Att. XX. 1. Ausnahmen von dieser Regel enthält die Stelle des Gajus und der Institutionen. Gewissermaßen bildet eine solche auch der vindex, welcher nach der manus injectio die Sache für den Beklagten führte. Gaj. IV. §. 21. Wahrscheinlich war er aber zugleich expromissor. Eine wirkliche Ausnahme machte aber der legis actor, der für Peregrinen z. B. im repetundarum judicium auftrat. S. Cic. Divin. in Caecil. besonders c. 4. u. 20. u. Klenze Fragm. legis Servil. rep. Prolegom. p. XII.

4) pr. Inst. cit. Et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat: coeperunt homines per procuratores litigare.

curatores, cognitores in rem suam) [5]). Allein man that dieß auf eine Weise, daß die allgemeinen Principien dabei durchaus geschont wurden. Und so bildete sich für die Repräsentation im Prozeß die eigenthümliche Form, bei den Neuern bekannt unter dem Namen dominium litis der Procuratoren, die wir in der klassischen Zeit vollständig ausgebildet, und in dem Justinianischen Recht noch erhalten finden.

Diese Rechtsform ist es, welche den Hauptgegenstand der gegenwärtigen Untersuchung ausmachen wird, so jedoch, daß wir sie vorzugsweise in ihrer eigentlich prozessualischen Bedeutung, in Anwendung auf Geschäftsführer betrachten, das eigenthümliche Verhältniß der procuratores in rem suam aber, welches mehr dem Civilrecht angehört, und selbstständig behandelt werden muß (in der Lehre von der Cession der Klagen und der Intercession) nur beiläufig berühren werden. Für diese Lehre ist durch frühere Schriftsteller in verschiedenem Sinne Manches geschehen [6]). Der Versuch einer neuen und selbstständigen Darstellung ist in-

---

5) Vgl. Gajus a. a. O.

6) Die älteren Civilisten, insbesondere die Commentatoren zu den Titeln der Pandekten und des Codex de procuratoribus gehen meistens auf diese Seite des ganzen Verhältnisses nicht näher ein. Bei Donellus Comm. jur. civ. XVIII. c. 9—18. findet sich eine ausführliche und sehr geistvolle Darstellung. Ausschließlich beschäftigt sich damit J. H. Böhmer D. de dominio litis. Hal. 1709. recus. ibid. 1738. 4. eine Schrift, aus welcher man die Grundsätze des Römischen Rechts nicht kennen lernen kann, die aber als praktische Autorität und als Repräsentant einer ganzen Klasse von Schriftstellern zu benutzen ist. Beiläufig berührt unsern Gegenstand Mühlenbruch von der Cession der Forderungsrechte §. 6. 7. und giebt einzelne treffliche Beiträge.

deß schon dadurch gerechtfertigt, daß in der neuesten Zeit unsre Kenntniß von der Sache durch die Entdeckung früher unbekannter Quellen [7]) bedeutend erweitert worden ist. Der Einwand aber, daß die ganze Materie nicht von unmittelbar praktischem Interesse sey [8]), bedarf wohl ebenso wenig einer Widerlegung, als das rein wissenschaftliche Interesse derselben des Beweises. Nur auf Eins sey es mir erlaubt, aufmerksam zu machen. Es ist diese Materie ein merkwürdiges und lehrreiches Beispiel, mit welcher Consequenz die Römischen Juristen an gewissen sehr einfachen allgemeinen Grundsätzen festhielten, und hierdurch dem Rechtssystem seinen innern Halt sicherten, während sie auf der andern Seite nicht weniger bemüht waren, dem praktischen Bedürfniß zu dienen, und das strenge Recht mit der Aequitas auszugleichen. Möchte es mir gelingen, diesen innern Zusammenhang der Lehre, so einfach und klar wiederzugeben, wie wir ihn in den zahlreich erhaltnen Bruchstücken Römischer Jurisprudenz, die unsre Quelle sind, niedergelegt finden.

---

7) Gaj. IV. §. 82—87. 97—99. 101. Fragm. Vaticana tit. de cognitoribus et procuratoribus §. 317—341. ed. Berol. Früher bekannte Quellen dieser Lehre sind hauptsächlich Paul. sent. rec. I. 2. de cognitoribus 3. de procuratoribus. Cod, Theod. 2, 12. de cognitoribus et procuratoribus. Consultatio vet. Icti resp. 3. Inst. 4, 10. de iis, per quos agere possumus. Dig. 3, 3. Cod. 2, 13. de procuratoribus.

8) Ob sie nicht mehr praktisch sey, ist überdieß bestritten (vgl. unten Note 161.) und nur vermöge gründlicher Kenntniß ihres Inhaltes zu entscheiden.

Da in der Zeit der formulae allgemein im Civilprozeß Stellvertreter zugelassen wurden, so könnte man leicht glauben, daß nun bei prozessualischen Handlungen eine direkte und vollständige Repräsentation wie in unserm heutigen Rechte statt gefunden habe. Allein so schnell gingen die Römer in ihrer Rechtsansicht von einem Gegensatz zu dem andern nicht über. Die Ausübung oder Uebernahme eines fremden Klagrechts, die früher unmöglich gewesen war, gestattete man jetzt. Allein daß die Handlungen des Repräsentanten unmittelbar Rechte und Verbindlichkeiten für den Dominus erzeugen sollten, konnte man nicht zugeben, ohne von einem Grundsatze abzuweichen, der mit dem ganzen Rechtssysteme verzweigt war. Was in dieser Beziehung zur vollständigen Repräsentation noch fehlte, mußte daher auf andre Weise ergänzt werden, und so kam man nicht durch künstliche Erfindung, sondern nur von dem praktischen Bedürfniß und jenen allgemeinen Grundsätzen geleitet zu der Rechtsform, die nun beschrieben werden soll.

Die Hauptpunkte sind folgende. Der Prätor erlaubte das agere alieno nomine [19]), d. h. die Ausübung eines fremden Klagrechts, durch einen Repräsentanten des Klägers und gegen einen Repräsentanten des Beklagten, und zwar nicht bloß zum Zweck eigentlicher Geschäftsführung, sondern auch um dadurch die Uebertragung und Uebernahme eines fremden Klagrechts der Ausübung nach (durch einen procurator in rem suam) möglich zu machen. Das Interesse der andern Parthey, welche nach ihrem strengen Recht verlangen konnte, sich nur mit ihrem wahren

---

19) Gaj. IV. 82. pr. Inst. de iis pr. quos ag. poss.

Gegner einzulassen, wurde, wo es nothwendig war, durch Cautionen beseitigt. Die rechtlichen Folgen der einzelnen Prozeßhandlungen und des gesammten Prozesses traten unmittelbar nur für den Repräsentanten ein, für den Dominus und sein Recht waren sie zunächst ohne Einfluß. Mittelbar mußte indeß ein solcher Einfluß doch bewirkt werden, wenn der Zweck des Ganzen erreicht werden sollte, es mochte dieß nun eigentliche Repräsentation, d. h. bloße Geschäftsführung oder Uebertragung des Klagrechts seyn. Dazu bot theils das Mandatsverhältniß und andre allgemeinere Grundsätze die nöthige Form, theils erfand man künstliche Mittel, um auf einem Umwege dieß Ziel zu erreichen. Wir haben demnach jetzt zu untersuchen 1) in welcher Form der Prätor actiones alieno nomine gab; 2) die Wirkung des Prozesses für den Repräsentanten; 3) den Einfluß desselben auf den Dominus und sein Recht, und 4) wie durch die Cautionen jedes Interesse einer Parthey, die Einlassung mit einem Stellvertreter ihres Gegners zu verweigern, beseitigt wurde.

Die einleitende Verhandlung vor dem Prätor, in jure, hatte nach Abschaffung der legis actiones keine strenge Form, daher denn auch hier ohne Schwierigkeit Stellvertreter für die Partheyen auftreten und deren Interesse wahrnehmen konnten. Es war dieß nicht einmal eine Handlung von rechtlicher Wirkung, sondern nur eine vorbereitende Maaßregel [10]). Sollte es aber nun zum förm-

---

10) Man kann darauf anwenden, was von der missio in possessionem gesagt wird, die Einer der Creditoren für sich und die übrigen erbittet. L. 12. pr. D. de reb. auct. jud. poss. Nec videtur libera persona adquirere alii: quia nec sibi quidquam

lichen Prozeß, zum judicium, der Verhandlung vor dem Judex kommen, und deßhalb von dem Prätor eine Formula gegeben werden, so fragte es sich, wie diese zu fassen sey. Auf gewöhnliche Weise konnte sie nicht gefaßt werden, da ein nur für den Dominus vorhandnes Recht von dem Repräsentanten ausgeübt und für ihn wirksam werden sollte. Die Klage mußte also aus der Person des Dominus begründet, aber in ihrem Erfolge auf den Repräsentanten gerichtet werden. Und so war es in der That. Die intentio, welche den Klaggrund, das Recht oder die Thatsache, causa proxima oder remota, als den Gegenstand der Untersuchung des Judex enthielt, wurde hergenommen aus der Person des Klägers und des Beklagten selbst. Die condemnatio aber, die alternative dem Judex gegebne Anweisung zu condemniren oder zu absolviren, wurde auf die Repräsentanten der Partheyen gerichtet [11]).

---

adquirit, cui Praetor permittit: sed aliquid ex ordine facit: et ideo caeteris quoque prodest.

11) Gaj. IV. §. 86. Qui autem alieno nomine agit intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. Nam si verbi gratia Lucius Titius pro Publio Maevio agat, ita formula concipitur: *Si paret Numerium Negidium Publio Maevio sestertium X milia dare oportere, judex Numerium Negidium Lucio Titio sestertium X milia candemna; si non paret absolve.* In rem quoque si agat, intendit, Publii Maevii rem esse ex jure Quiritium et condemnationem in suam personam convertit. §. 87. Ab adversarii quoque parte, si interveniat aliquis, cum quo actio constituitur, intenditur, dominum dare oportere; condemnatio autem in ejus personam convertitur, qui judicium accepit. Sed cum in rem agitur, nihil in intentione facit ejus persona, cum quo agitur, sive suo nomine, sive alieno aliquis judicio interveniat: tantum

Ebenso gestattete der Prätor natürlich dem Repräsentanten des Beklagten den Gebrauch der Exceptionen, die diesem zustanden [12]). Begründet wurden dann auch diese aus der Person des Klägers und des Beklagten selbst [13]). Indem aber eine solche exceptio der auf die Procuratoren gerichteten condematio als negative Bedingung hinzugefügt ward [14]), wurde sie für diese wirksam.

Durch diese Fassung der Formula war die ganze Sache vorbereitet. Kam es nun zum Judicium, so erhielt der Inhalt der Formula erst seine volle Wirksamkeit, es entstanden neue Rechtsverhältnisse, die wir vor Allem näher ins Auge fassen müssen, ehe wir untersuchen, welchen Einfluß sie auf die Procuratoren, und auf die Partheyen selbst hatten.

Nach Römischem Recht begründet der Anfang und das Ende des Prozesses unter den Partheyen ein obligatorisches Verhältniß. Das letztere ist in der That nicht anders denkbar. Denn soll der Zweck des Richteramtes erreicht werden, so muß das Urtheil unabänderlich, es müssen die Partheyen verpflichtet seyn, dasselbe ohne Rücksicht auf seine innere Wahrheit anzuerkennen. Dieß ist aber

---

enim intenditur rem actoris esse. cf. §. 35. 55. Theophil. Paraphras. IV. 10. §. 2. L. 9. C. h. t. (Alex.) ... licet contentio ex persona alterius bona fide sumatur.

12) Selbst höchst persönliche Einreden. L. 51. §. 1. D. h. t.

13) Anders natürlich bei solchen Einreden, die in der Person des Stellvertreters begründet sind. L. 11. pr. L. 4. §. 18. D. de doli exc.

14) Gaj. IV. §. 119. Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur *ejus, quod* adfirmat is, cum quo agitur — ideo scilicet, quia omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem.

schon die Römische obligatio judicati. Weniger nothwendig ist die Annahme einer Obligation, welche mit dem Anfang des Prozesses entsteht. Indeß lassen sich auch dafür allgemeine Gründe anführen. Schon das Recht und dessen Verletzung erzeugen zwischen dem Kläger und dem Beklagten ein persönliches Verhältniß, die actio, welches man den Obligationen vergleichen, wenn auch nicht wahrhaft eine obligatio nennen kann [15]). Kommt es nun aber zum Prozeß und treten die Partheyen sich dadurch näher, so ist die natürliche Folge, daß jenes rechtliche Band, welches sie umschlingt, sich verengt, und daß sie im strengen Sinn als gegenseitig obligirt betrachtet werden. Besondre Gründe, diese Ansicht schärfer auszubilden, lagen freilich in der Römischen Gerichtsverfassung. Denn da dem Judex jede öffentliche Gewalt fehlte, so war es natürlich, daß die Partheyen mit dem förmlichen Anfang des Prozesses, wofür die litis contestatio galt [16]), sich seiner

---

15) Auf die Aehnlichkeit hat in neuerer Zeit besonders Hugo (im Civ. Mag. IV. S. 20. folg.) aufmerksam gemacht. Zu weit scheint mir Mühlenbruch (Cession §. 2.) zu gehen. Die Quellen gebrauchen den Ausdruck obligatio nicht schlechthin für jede actio, insbesondere nicht für die actio in rem. Und daß dieß nicht zufällig ist, daß z. B. die Vindication gegen den Besitzer im Römischen Recht nicht als eine obligatio behandelt werde, zeigt sich unter andern darin, daß die Restitution des Besitzes nicht für ein solutum gilt, und deßhalb die condictio indebiti hier nicht statt findet. L. 33. D. de cond. indeb. vgl. mit L. 15. §. 1. L. 40. D. eod. L. 31. §. 1. fin. D. depositi.

16) Form und Inhalt dieser Handlung ist in dieser Beziehung gleichgültig. Im alten Recht bildete sie die Grenze zwischen jus und judicium. Die Verhandlung in jure war also immer nur Vorbereitung. Der Prozeß (lis) fing erst vor dem Judex an. Ueber das Wesen der Handlung selbst wissen wir wenig Sicheres. Vielleicht war es eine kurze Recapitulation des vor dem Prätor Vorgetrag-

Entscheidung wie durch Vertrag unterwarfen. Und in der That war der Inhalt der durch die litis contestatio begründeten gegenseitigen Obligation der Partheyen kein anderer als der: sich diesem Judicium für seine Dauer und seinen Ausgang zu unterwerfen. 1) Für die Dauer dieses Judicii waren sie hierdurch an seine Form gebunden, wie sie in der Formula vom Prätor angeordnet war. Sie waren gebunden an diesen Judex, an diese Klagformel, an diesen Gegner; recusatio judicis, mutatio actionis, und, wie wir unten sehen werden, exceptiones procuratoriae, waren nicht mehr möglich. Aber auch 2) für den Ausgang des Prozesses haben sich die Partheyen schon jetzt verpflichtet, das richterliche Urtheil, wie es auch ausfallen werde, anzuerkennen. Der Beklagte hat sich schon jetzt verpflichtet, im Fall der Condemnation das Judicatum zu leisten, der Kläger im Fall des absolutorischen Urtheils, den Beklagten nicht weiter in Anspruch zu nehmen [17]). Ja es lag darin für beide Theile die

---

nen, eine Art von status causae, wodurch der Judex vom Stand der Sache unterrichtet werden sollte. Zu Justinians Zeit ist es der erste Termin, in welchem die Partheyen beide vor dem Richter erscheinen, und ihm die Sache summarisch vortragen. Heutzutage die vollständige Erklärung des Beklagten über die Thatsachen des Klaggrundes. Förmlicher Anfangspunkt des Prozesses war sie aber immer auf gleiche Weise, und nur als solcher geht sie uns hier an. In gewissen Beziehungen ist freilich später eine andere Thatsache, die Insinuation der Klage, als Anfang des Prozesses betrachtet worden.

17) L. 3. §. 11. D. de peculio (Ulp.) ... sicut stipulatione contrahitur cum filio ita judicio contrahi. Gaj. III. §. 180... incipit teneri reus litis contestatione. Gajus spricht hier nur von der Verbindlichkeit des Beklagten und bestimmt deren Inhalt durch: condemnari oportere. Der Beklagte ist verpflichtet sich condemniren zu lassen, d. h. den Prozeß bis zu Ende gehörig fort-

negative Verpflichtung, dieselbe Sache nicht in einem andern Judicium zu verfolgen. Und hierdurch wurde in der Regel das Verhältniß dieser neuen durch die litis contestatio begründeten Obligation zum Klagrecht bestimmt. In der Regel nehmlich besteht dieß Klagrecht ungeachtet der litis contestatio fort, und könnte deshalb in einem zweiten Prozesse noch einmal verfolgt werden. Allein hier steht jene Obligation im Wege; der Beklagte schützt gegen die zweite Klage die exceptio rei in judicium deductae vor [18]). Nur in Einem Fall, wenn in personam mit einer formula in jus concepta und in einem legitimum judicium geklagt wurde, ging die der Klage zum Grund liegende Obligation durch die litis contestatio ipso jure unter, weshalb diese der Novation verglichen wird [19]), wo dann natürlich die exceptio rei in judicium deductae nicht Bedürfniß war [20]).

Die durch die litis contestatio begründete Obligation ist, wie es ihr Inhalt ergiebt, vorübergehend und vorbereitend für den Ausgang des Prozesses. Mit diesem, der res judicata, wird sie aufgehoben, und es tritt die obligatio judicati an ihre Stelle [21]). Diese ist in Rücksicht

---

zusetzen, und sich dem condemnatorischen Urtheil zu unterwerfen; dieselbe doppelte Verbindlichkeit, wie sie in der satisdatio judicatum solvi liegt: de re defendenda, und de judicato solvendo. Die Verpflichtung des Klägers zeigt sich in der exceptio rei in judicium deductae, die seiner zweiten Klage entgegensteht.

18) Während des ersten Prozesses vorgeschützt war es unsre Einrede der Litispendenz. Sie konnte aber auch nach dessen Ende gebraucht werden, wovon nachher.

19) L. 29. D. de novat. Fr. Vat. §. 263.

20) Gaj. III. §. 180. 181. IV. §. 106. 107.

21) Gaj. III. §. 180. .. sed si condemnatus sit (reus),

ihres Inhaltes jener sehr ähnlich, nur bestimmter und von bleibender Wirkung. Es ist nehmlich eine gegenseitige Verpflichtung beider Partheyen, dieses bestimmte Urtheil des Richters anzuerkennen. Im Fall der Condemnation ist also der Beklagte nun unbedingt schuldig, das Judicatum zu leisten [22]), und in jedem Fall sind beide Theile verpflichtet, das von dem Richter Entschiedne für wahr gelten zu lassen, also dieselbe Sache nicht zum Gegenstand eines neuen Prozesses, einer neuen richterlichen Untersuchung zu machen. Jene Schuld wird durch die actio judicati, diese allgemeine Verbindlichkeit durch die exceptio rei judicatae geltend gemacht, welche nun die Stelle der exceptio rei in judicium deductae vertritt [23]).

Diese Wirkungen der litis contestatio und res judicata sind auch im neuesten Justinianischen Recht dieselben. Nur daß 1) die exceptio rei in judicium deductae als eine von der exceptio rei judicatae verschiedne Einrede nicht mehr vorkommt [24]) und

---

sublata litis contestatione incipit ex causa judicati teneri. L. 3. §. 11. D. de peculio .. judicati velut obligationem . . .

22) Daher Gajus a. a. O. den Inhalt dieser Obligation für den Beklagten durch judicatum facere oportere bezeichnet.

23) In der Regel kommt daher die exceptio rei in judicium deductae nach Beendigung dieses Prozesses nicht mehr zur Anwendung. Nur ausnahmsweise dann, wenn das Judicium ohne Urtheil erlischt. Vgl. Gaj. IV. §. 104. 105.

24) Die Einrede der Litispendenz, namentlich in Beziehung auf concurrirende Gerichtsstände, mußte zwar noch vorkommen. Sie wird aber nirgends unter diesem Namen erwähnt. Fälle, wo nach Beendigung des ersten Prozesses die nochmalige Klage durch die exceptio rei in jud. deductae, und nicht durch die exc. rei judicatae ausgeschlossen gewesen wäre, gab es nicht mehr.

2) das Recht des Klägers nie mehr ipso jure aufgehoben wird [25]).

Wie nun aber, wenn Repräsentanten im Prozeß auftraten, für wen entstanden dann jene Rechtsverhältnisse, für den Dominus oder für den Procurator? Ehe ich diese Frage beantworte, muß ich noch auf Einen Umstand aufmerksam machen.

Wenn überhaupt nach altem Recht durch freie Repräsentanten Rechte nicht erworben werden sollten, so galt dieß ganz vorzüglich für Obligationen. Der Grund lag hier in der Natur der obligatio selbst, und der sie erzeugenden Handlung, insbesondre des obligatorischen Vertrags. Daher erhielt sich jener Grundsatz in dieser Beziehung auch in der späteren Zeit und für Contracte des jus gentium, während man z. B. den naturalen Erwerb des Eigenthums durch einen freien Stellvertreter zuließ. So wie es nehmlich in der Natur der begründeten obligatio liegt, daß sie nur die beiden von diesem rechtlichen Band umschlungnen Personen berührt, so kann auch der obligatorische Vertrag und was diesem ähnlich ist, nur für die Contrahenten wirksam seyn, d. h. nur für sie eine Obligation erzeugen [26]). Die Abschließung eines Contracts durch einen freien Stellvertreter war daher nur so möglich, daß dieser zunächst selbst Creditor und Debitor wurde, und dann dieß

---

25) §. 5. Inst. de except.

26) L. 11. D. de obl. et act. (Paul.) Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.

in seiner Person entstandne Rechtsverhältniß auf den Herrn übertrug. Erst spät erfand man ein Mittel, wodurch diese Uebertragung gewissermaßen überflüssig gemacht wurde, wovon noch weiter unten die Rede seyn wird.

Für unsern gegenwärtigen Zweck ergiebt sich daraus so viel. Da auch die litis contestatio und res judicata wahre Obligationen erzeugen, so können sie wie obligatorische Verträge unmittelbar nur für die Repräsentanten wirken, die gleichsam contrahirt haben, nicht für die Partheyen. Und in der That ist es so.

Die litis contestatio wirkt nur für den Procurator, berechtigt und verpflichtet diesen allein, wie ein im Namen des Dominus geschloßner Contract. Freilich kann dieß nur auf die eine Seite ihrer Wirksamkeit bezogen werden, die rein prozessualische. Das durch die litis contestatio begründete Verhältniß, welches von nun an gewissermaßen an der Stelle der actio die Grundlage des ganzen Prozesses bildet, ist für den Procurator allein vorhanden. Die Rückwirkung auf das Klagrecht, die Aufhebung desselben ipso jure oder per exceptionem, kann auf keinen Fall als Wirkung der litis contestatio für den Procurator angesehen werden, welchem jenes Recht nicht zusteht [26a]), sondern es wäre dieß eine Wirkung der litis contestatio für den Dominus. Ob ein solcher aus irgend einem Grunde statt finde, untersuchen wir aber jetzt noch nicht, und bleiben bei ihrem Einfluß auf den Procurator stehen.

26a) Wenn er nachher wieder als Stellvertreter des Dominus klagt, so steht ihm die exceptio rei judicatae nur insofern entgegen, als sie gegen den Dominus begründet ist. L. 25. §. 2. D. de exc. rei jud.

Dessen Verhältniß ist nun wesentlich verändert. Er übt nicht mehr bloß ein fremdes Recht aus, sondern hat nun eignes Recht, eigne Verbindlichkeit in diesem Prozesse. Daher sagt das Römische Recht: der Procurator, Tutor, Curator u. s. w. werde durch litis contestatio gleichsam dominus litis [27]), die Sache werde dadurch seine eigne, und er führe sie jetzt gewissermaßen in eignem Namen zu Ende. Dieß letztere sagt Paulus in L. 11. pr. D. de doli mali exc.:

> Litis contestatione res procuratoris fit, eamque suo jam quodammodo nomine exsequitur.

Die Neuern haben daraus nicht nur den ganz unrömischen und unjuristischen Ausdruck: dominium litis, Eigenthum des Rechtsstreites, für das Verhältniß des Procurators nach der litis contestatio gebildet, sondern sich auch die Sache häufig unrichtig vorgestellt [28]). Sie nehmen an: weil das agere alieno nomine von Alters her nicht möglich gewesen, so sey das Klagrecht durch die litis contestatio auf den Procurator übertragen worden, damit dieser nun in eignem Namen habe klagen können.

Unrichtig ist hierin zuvörderst die Behauptung, daß das Klagrecht selbst auf den Procurator übertragen worden sey. Hiermit wäre die Fassung der Formula, in welcher die Klage aus der Person des Dominus begründet wird, und in der That der ganze Zusammenhang der Lehre

---

27) L. 4. §. 5. D. de appell. (Macer.) L. 22. (Const.) L. 23. (Julian.) C. h. t.

28) Vgl. besonders J. H. Böhmer l. c.

unvereinbar. Man beruft sich aber auch auf eine Stelle, die nun zu prüfen ist. Es ist L. 4. §. 3. D. de alienatione judicii mut. causa facta (4, 7.) von Ulpian:

Si quis autem ob valetudinem aut aetatem aut occupationes necessarias litem in alium transtulerit, in ea causa non est, ut hoc Edicto teneatur: cum in hoc Edicto doli mali fiat mentio. Ceterum erit interdictum et per procuratores litigare, dominio in eos plerumque ex justa causa translato.

Daß Ulpian das Verhältniß des dominus litis oder des Procurators nach der litis contestatio nicht dominium nennen könne, wird Niemand, der die Sprache der Römischen Juristen kennt, bezweifeln. Also scheint es, es sey wahres Eigenthum darunter zu verstehen, welches auf den Procurator übertragen worden wäre, um ihm das Auftreten im Vindicationsprozeß möglich zu machen. Unmöglich ist dieser Hergang in der That nicht, und es wäre wohl denkbar, daß man bei der legis actio in Centumviralprozessen das Eigenthum der streitigen Sache durch Fiducia auf den Procurator übertragen hätte, weil es hier keinen andern Weg gab. Allein wie dem auch sey. Der gewöhnliche Weg war dieß nicht, nach dem was uns Gajus von dem alieno nomine agere berichtet. Nur von dem gewöhnlichen Hergang spricht aber Ulpian offenbar in unsrer Stelle, daher ich nicht zweifle, daß der Text verdorben sey [29]) und daß gelesen werden müsse: judi-

---

29) Auch Andere haben dieß vermuthet, namentlich Anton Faber und Schulting zu dieser Stelle.

cio in eos plerumque ex justa causa translato. Der Sinn der ganzen Stelle ist dann dieser: Nur die dolose Veräußerung verbietet das Edikt, nicht eine Uebertragung bona fide und aus guten Gründen. Denn sonst müßte es auch verboten seyn, durch Procuratoren Prozeß zu führen, auf welche das Judicium meistens auch aus dringengen Gründen, nicht um dem Gegner zu schaden übertragen wird.

Noch weniger Schwierigkeit macht die L. 7. C. Th. de cogn. et proc., wo ganz offenbar statt dominio gelesen werden muß domino, so daß also auch hier von dominium litis in irgend einem Sinne nicht die Rede ist.

Also das Klagrecht geht nicht auf den Procurator über, sondern bleibt bei dem Dominus, nur das neue durch litis contestatio begründete Verhältniß entsteht für den Repräsentanten. Unrichtig ist aber zweitens auch dieß in jener gewöhnlichen Darstellung, daß man annimmt: dem Procurator werde nur deshalb eignes Recht in der Sache gegeben, damit er nun in eignem Namen handeln könne. Es war dieß keine willkührliche Forderung, keine Subtilität, um dem alten aus der Zeit der legis actiones herrührenden Grundsatz zu genügen, daß jeder suo nomine klagen müsse, sondern eine nothwendige Folge des im ganzen Rechtssystem bis in die spätste Zeit anerkannten Prinzips, daß durch eine obligatorische Handlung Dritten unmittelbar kein Recht erworben werden könne. Indeß ist auf der andern Seite doch anzuerkennen, daß, wie es scheint, die Römischen Juristen in diesem eignen Recht des Procurators eine Ausgleichung und Vermittlung des neuern Rechts mit jenem alten Grundsatze zu finden glaubten. Es

war weniger auffallend, daß der Procurator in der fremden Sache gültig handle, weil er nun selbst berechtigt, gleichsam dominus litis ist, und in eignem Namen handeln kann. Hierauf scheint namentlich der Ausdruck des Paulus in der oben angeführten Stelle zu deuten.

Das wahre Verhältniß des Procurators nach der litis contestatio (s. g. dominium litis) ist also folgendes. Durch die litis contestatio ist ein obligatorisches Verhältniß für den Procurator begründet. Das Klagrecht hingegen dauert in der Person des Dominus fort. Dieß können wir wenigstens vorläufig annehmen, da wir noch nicht von dem Einfluß der litis contestatio auf den Dominus reden, und wir werden es unten als die Regel bestätigt finden. Jene beiden Rechtsverhältnisse bestehen also neben einander, so jedoch, daß das Recht oder die Verbindlichkeit des Procurators auf das Klagrecht des Dominus gegründet, dadurch bedingt ist. Es ist ein ganz ähnliches Verhältniß, wie wenn ein Procurator über die Forderung oder Schuld des Dominus ein Constitutum schließt. Auch hier ist er Creditor und Debitor geworden, ohne daß die Obligation des Dominus aufgehoben wäre. Ueber das Klagerecht hat daher fortwährend nur der Dominus Dispositionsbefugniß. Der Procurator, der daran gar keinen Antheil hat, kann darüber auch nicht verfügen [30]). Umgekehrt ist der Dominus von dem durch litis contestatio für den Procurator begründeten Rechtsverhältniß förmlich

---

30) Er kann nicht Zahlung annehmen, nicht transigiren, wenn er dazu nicht beauftragt ist. Die litis contestatio giebt ihm also dieß Recht nicht. L. 13. pr. D. de pactis. L. 73. D. h. t. L. 86. D. de solut. L. 7. C. de transact.

wenigstens ausgeschlossen. Sehen wir freilich auf das Faktische der Sache, so wird der Procurator, wenigstens wenn er ein simpler Geschäftsführer ist, kein Interesse haben, dem Dominus gegenüber eignes Recht in der Sache zu behaupten. In diesem Sinne ist die Sache nicht seine eigne, so ist er nicht dominus litis geworden [31]). Insofern also eine indirekte oder unförmliche Disposition des Dominus über den Prozeß möglich ist, wird sie auch rechtlich zulässig seyn. So kann er durch eine Verfügung über das streitige Recht, z. B. durch Zahlung und Transact, indirekt auch das Judicium, und das Recht des Procurators aufheben. Und eine unförmliche Theilnahme an der Führung seines Prozesses steht ihm natürlich auch frei [32]). Doch ist in diesem Falle die förmliche Gültigkeit einzelner von dem Procurator vorzunehmender Handlungen nicht von der Einwilligung des Dominus abhängig. Sein Dissens kann nur die Verantwortlichkeit des Procurators im mandati judicium, oder die unmittelbare Zurücknahme der Vollmacht zur Folge haben. Doch ist diese letztere, wie wir gleich sehen werden, auch nicht ohne weiteres möglich.

Ist nehmlich auf diese Weise das Judicium in der Person des Procurators constituirt, so kann eine Aenderung nur durch den Prätor, und nur aus besondern Gründen

---

31) Anders natürlich, wenn er procurator in rem suam ist. Von dessen Verhältniß zum Dominus (dem Cedens) sagt L. 25. fin. D. de proc. — non debet carere propria lite.

32) L. 69. D. h. t. Paulus respondit, etiam eum qui ad litem suscipiendam procuratorem dedit, causae suae adesse non prohiberi. Adesse ist der gewöhnliche Ausdruck für den Antheil an einem Prozeß, ohne daß der Assistent förmlich als Parthey darin auftritt. So bei der accessorischen Intervention.

bewirkt werden. Hieraus ergeben sich gewisse Nebenfolgen des s. g. dominium litis. Jene Unveränderlichkeit des Judicii zeigt sich nehmlich hier in verschiednen Beziehungen.

1) In Beziehung auf den Gegner. Da dieser sich einmal mit diesem Stellvertreter seines eigentlichen Gegners eingelassen hat, so ist er an ihn gebunden, und wird mit seinen Einwendungen gegen dessen Person (exceptiones procuratoriae, cognitoriae) nach der litis contestatio nicht mehr gehört [33]).

2) Im Verhältniß zum Dominus. Vor der litis contestatio ist die Revocation oder Renunciation des Mandats auf dieselbe Weise wie bei andern Geschäftsführungen möglich [34]). Nach der Einlassung aber nur durch eine translatio judicii auf den Dominus oder einen andern Procurator, und schon dieß forderte die Mitwirkung des Prätors. Dieser mußte daher von dem Dominus oder von dem Procurator deshalb angegangen werden, und verfügte sie auch dann nur causa cognita; wobei er nicht bloß das Interesse des Dominus, des Procurators und des Gegners berücksichtigte, sondern, weil es im Allgemeinen wünschenswerth schien, daß das Judicium unverrückt bliebe, sie nur aus dringenden Gründen zuließ [35]). Ebenso ist

---

33) L. 8. §. 2. L. 57. §. 1. D. h. t. L. 13. C. eod. Selbst Caution kann er nachher nicht mehr fordern, nachdem er sich den Procurator ohne Caution hat gefallen lassen. L. 40. §. 3. D. h. t.

34) Vgl. jedoch was unten über die Revocation des Mandats gesagt werden wird.

35) L. 16—27. D. h. t. L. 45. §. 1. D. mandati. L. 22. C. h. t. Eine ähnliche Wirkung, wie die litis contestatio, hatte auch

ist auch umgekehrt die Uebertragung der Sache vom Dominus auf einen Procurator nach der litis contestatio nur durch den Prätor und nur causa cognita möglich [36]).

3) Entscheidet diese Unveränderlichkeit des einmal angeordneten Judicii für das Verhältniß dieses Procurators zu einem andern Procurator derselben Parthey. Wenn von mehreren Geschäftsführern, die gleiches Recht haben, von denen also jeder für den Dominus auftreten könnte, Einer litem contestirt hat, so sind dadurch die übrigen ausgeschlossen [37]).

Zu den Nebenfolgen des s. g. dominium litis gehört außer den so eben genannten Wirkungen, 4) daß das für den Repräsentanten durch die litis contestatio begründete Rechtsverhältniß fortdauert, wenn der Dominus stirbt [38]), und bei dem Tode des Procurators auf dessen Erben über-

---

schon die vorher geleistete Caution. S. L. 8. §. 3. L. 15. pr. L. 64. D. h. t. und unten Note 159. 160.

36) L. 46. pr. D. L. 20. C. h. t. Daß der Prätor auch hier angegangen werden mußte, deutet die erste Stelle an in den Worten: audiri debet. Die causae cognitio wird nicht erwähnt. Auch war sie um des Interesses der Partheyen willen hier weniger nöthig, wenn auch nicht ganz entbehrlich. Auch die justa causa in diesem Fall geht vielleicht L. 4. §. 3. D. de al. jud. mut. causa. S. oben S. 888.

37) L. 32. D. h. t.

38) L. 23. C. L. 17. §. 1. D. h. t. L. 1. C. Th. eod. War der Dominus schon zur Zeit der litis contestatio todt, so ist das Judicium null. Nicht sowohl weil mit dem Tode des Mandans das Mandat erlischt, denn auch ein negotiorum gestor kann ja wenigstens für den Beklagten auftreten, sondern weil der Procurator im Namen einer nicht existirenden Person gehandelt hat. L. 74. §. 2. D. de judiciis.

geht [39]), während das bloße Mandat als ein höchst persönliches Verhältniß durch den Tod des Einen oder des Andern erlischt [40]).

Endlich 5) das Substitutionsrecht des Repräsentanten. Vor der Einlassung kann weder ein Mandatar, noch ein Vormund die Führung des Prozesses einem Andern übertragen. Denn das Mandat ist als obligatorisches Verhältniß, die Vormundschaft als öffentliches Amt unveräußerlich. Jene Geschäftsführer sind daher nicht im Stande, sich einen Dritten wahrhaft zu substituiren. Denn auch der Auftrag, den sie diesem ertheilen, begründet, als obligatorischer Contract, nur ein Verhältniß zu ihnen selbst, macht also den Substituten nicht zum Procurator des Dominus, d. h. zu einem solchen der das Klagrecht des Dominus ausüben könnte [41]). Durch die litis contestatio aber wird der Procurator, der Vormund selbst dominus litis, Inhaber eines Rechtsverhältnisses, welches auf gewisse Weise übertragen werden kann. Also kann er sich nun einen Andern, als Procurator, substituiren [42]),

---

39) L. 1. C. Th. h. t. L. 7. eod. hob dieß auf, daher die Aenderung der L. 1. in L. 23. C. J. h. t.

40) Dieß galt auch beim procurator in rem suam, dem Cessionar. Erst durch die actio utilis wurde das Recht des Cessionars auch vor der litis contestatio vererblich. L. 33. C. de donat. L. 1. C. de obl. et act.

41) L. 1. pr. D. h. t. Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat. Er kann im Verhältniß zum Dominus nur als negotiorum gestor betrachtet werden. L. 3. §. 11. L. 6. §. 4. D. L. 4. C. de neg. gestis, und dieser wird als Repräsentant des Klägers (von diesem sprechen die Stellen in der folgenden Note vorzugsweise) nicht zugelassen.

42) L. 8. §. 3. D. mandati. L. 4. §. 5. D. de appell. L.

auf welchen indeß das Judicium gewiß nur causa cognita übertragen wurde, da selbst die mutatio procuratoris mit dem Willen des Herrn eine causae cognitio forderte.

Ehe ich zu der Wirkung der res judicata übergehe, sind noch einige andre obligatorische Handlungen, die im Laufe des Prozesses vorkommen können, zu berücksichtigen. Dieß sind theils vertragsähnliche Obligationen, wie die litis contestatio, namentlich die Prozeßcautionen und der zugeschobene Eid, welche gleichfalls nach dem allgemeinen Prinzip unmittelbar nur für den Procurator wirksam werden können [43]), theils delictsähnliche Handlungen, für welche dieß um so mehr gelten muß. So begründet der von dem Procurator während des Prozesses begangene Dolus die exceptio doli gegen ihn [44]).

Bei der res judicata kommt zuvörderst die Fassung des richterlichen Urtheils, dann erst dessen Wirkung in Betracht. Wir haben früher gesehen, daß die condemnatio in der Formula auf die Procuratoren gerichtet wurde. Sie waren es ferner, die durch die litis contestatio in die vorbereitende obligatio condemnari oportere getreten waren. Nur sie hatten endlich in dem ganzen Prozeß gehandelt, die Partheyen selbst waren darin gar nicht erschienen. Nach allem diesem konnte der Rich-

---

8. L. 11. L. 23. C. h. t. L. 1. C. Th. eod. Auch dieß galt für den procurator in rem suam, bis ihm die actio utilis gegeben wurde, deren Ausübung er auch vor der litis contestatio einem Andern überlassen konnte. L. 33. C. de don.

43) Für den Eid s. L. 39. §. 1. D. h t. Für die Prozeßcautionen folgt es schon aus der Regel für obligatorische Contracte.

44) L. 11. pr. L. 4. §. 18. D. de doli exc.

ter auch sein Urtheil nur auf die Procuratoren richten. Dieß sagen auch die Quellen ausdrücklich, und fügen hinzu, eine andere Fassung mache das Urtheil ungültig [45]).

Für die Wirkung der res judicata aber ergiebt sich hieraus und aus allem früher Gesagten Folgendes. Die dadurch begründete Obligation kann sich unmittelbar nur auf die Procuratoren, nicht auf die eigentlichen Partheyen beziehen. Auch diese Obligation zeigt sich daher zunächst nicht in ihrer rückwirkenden Kraft, wo sie durch exceptio rei judicatae das Klagrecht aufhebt, sondern als Forderung des Gegenstandes der Condemnation, als actio judicati, welche dem Procurator des Klägers gegen den Procurator des Beklagten zusteht [46]).

Durch das bisher Gesagte sollten die Wirkungen des Prozesses für den Procurator bestimmt werden. Es hat sich bei dieser Untersuchung unsre frühere Behauptung bestätigt, daß alle einzelnen Handlungen, und der gesammte Prozeß für den Procurator wirksam werde, für ihn Rechte und Verbindlichkeiten erzeuge, wie es nach dem allgemeinen Prinzip über die Wirkung obligatorischer Handlungen nicht anders möglich war. Es entsteht nun zweitens die Frage, ob die Prozeßführung des Repräsentanten für den Dominus gar keine Wirkung habe, auch nicht einmal in-

---

45) L. 1. C. de sententiis (7, 45.) Sever. et Ant. Non videtur nobis rationem habere sententia decessoris tui, qui, cum cognovisset inter petitorem et procuratorem, non procuratorem, sed ipsum dominum litis condemnavit, cujus persona in judicio non fuit. Potes igitur ut re integra de causa cognoscere. In andern Stellen wird dieß vorausgesetzt, z. B. Fragm. Vat. §. 332. L. 61. D. de proc.

46) Die Beweise dafür werden unten vorkommen.

direkt? Es ist schon früher bemerkt worden, daß ein solcher Einfluß auf alle Weise bewirkt werden müsse, wenn der Zweck des Ganzen vollständig erreicht werden soll, es mag Uebertragung des Klagrechts (beim procurator in rem suam), oder nur Geschäftsführung (beim gewöhnlichen Mandatar, und Tutor) bei jenem Repräsentationsverhältniß beabsichtigt seyn. Denn auch im ersten Fall ist nur dann das Klagrecht seiner Ausübung nach für übertragen zu halten, wenn es für den Dominus aufgehoben ist, indem diesem die exceptio rei judicatae entgegensteht, oder ihm zu gute kommt. Und im zweiten Fall, wo aller Vortheil und Nachtheil der Sache im endlichen Erfolg den Dominus treffen soll, muß zu diesem Ende nicht nur die exceptio rei judicatae, sondern auch die actio judicati unter irgend einer Form für ihn nutzbar gemacht werden. Wie dieß bewirkt wurde, ist jetzt zu untersuchen.

Vor Allem sind in dieser Beziehung die verschiednen Arten der Stellvertreter zu unterscheiden. Gajus nennt Cognitoren, Procuratoren, Tutoren und Curatoren [47]) oder Mandatare und Vormünder von verschiedner Art. Wir bleiben hauptsächlich bei dem Gegensatz des Cognitors und Procurators stehen, indem, was von dem letzten gesagt werden wird, auch von den Tutoren und Curatoren gilt.

Der Unterschied des Cognitors und des Procurators beruht auf ihrer verschiednen Bestellung [48]). Der Procu-

---

47) Gaj. IV. 82 sqq.

48) Aeltere Schriftstellen hierüber sind angeführt von Haubold Inst. hist. dogm. §. 860., bei welchen man nachlesen kann was ich hier als nicht zum Zweck gehörig übergehe.

rator wird bestellt durch ein simples Mandat, d. h. durch den formlosen Consensualcontract, wodurch der Dominus ein Geschäft, in diesem Falle die Führung des Prozesses, aufträgt, der Procurator es übernimmt. Mehr wird nicht gefordert. Insbesondre ist die Mitwirkung des Gegners im Prozeß durchaus nicht nothwendig [49]). Zur Bestellung des Cognitors gehört 1) ganz dasselbe, wie zur Bestellung des Procurators, nehmlich ein formloser Mandatscontract zwischen ihm und dem Dominus. Der Cognitor kann z. B. abwesend seyn, muß aber den Auftrag erfahren, und freiwillig übernehmen, damit er Cognitor werde. Auch das Rechtsverhältniß zum Dominus ist nur die gewöhnliche Mandatsobligation. Allein hierzu kommt 2) eine förmliche Handlung, wodurch ein eigenthümliches Verhältniß zum Gegner begründet wird. Der Dominus muß in Gegenwart der andern Parthey (coram adversario) durch mündlich ausgesprochne förmliche Worte (certa verba) den Cognitor sich substituiren [50]).

---

49) Gaj. IV. §. 84. Procurator nullis certis verbis in litem constituitur; sed ex solo mandato, et absente et ignorante adversario constituitur. §. 4. I. h. t. Paul. sent. rec. I. 3. §. 1. L. 1. §. 1. 3. L. 2. L. 8. §. 1. 3. L. 15. pr. D. h. t. L. 17. C. eod. L. 156. pr. D. de reg. juris.

50) Gaj. IV. §. 83. Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur. Nam actor ita cognitorem dat: *Quod ego a te* verbi gratia *fundum peto, in eam rem Lucium Titium cognitorem do;* adversarius ita: *Quando tu a me fundum petis, in eam rem Publium Maevium cognitorem do.* potest, ut actor ita dicat: *Quod ego tecum agere volo, in eam rem cognitorem do;* adversarius ita: *Quando tu mecum agere vis, in eam rem cognitorem do.* Nec interest praesens an absens cognitor detur.

Ueber das Verhältniß des Cognitors zum Procurator ergiebt sich hieraus noch Folgendes. Der Cognitor ist immer Sachwalter in einem Prozesse. Procurator heißt jeder Geschäftsführer, dem der Dominus entweder durch ein Generalmandat die Besorgung aller seiner Angelegenheiten, oder speciell ein bestimmtes Geschäft aufgetragen hat, sey dieß die Führung eines Prozesses oder eine andre Sache. Es versteht sich, daß hierher nur die beiden ersten Fälle gehören. Das historische Verhältniß ist ohne Zweifel dieß. Der Cognitor ist die ältere Art, und es wurde vielleicht ursprünglich kein Sachwalter im Prozeß zugelassen, der nicht förmlich zum Cognitor bestellt war. Darauf deutet nicht nur die Form seiner Bestellung, die ganz den Charakter der actus legitimi des alten Civilrechts hat, und die darauf gegründete vollständigere Repräsentation, sondern auch die Art, wie ältere Quellen [51]), und insbesondere

---

Sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris. Vgl. mit §. 97... cum enim certis et quasi solennibus verbis in locum domini substituatur cognitor .. Die quasi solennia verba erläutern Fragm. Vat. §. 318. 319. 329., wonach es damit nicht so streng genommen wurde, wie mit den legis actiones. Unrichtig bestimmt den Begriff des Cognitors Festus epit. h. v. Cognitor est, qui litem alterius suscipit coram eo, cui datus est (d. h. coram adversario). Denn der Cognitor braucht nicht gegenwärtig zu seyn. In andrer Beziehung unrichtig ist die Erklärung der Interpr. L. 7. C. Th. h. t. Cognitor est, cui sine mandato causam suam agendam praesens praesente judice litigator injungit. Denn das Mandat ist auch hier wesentlich, die Gegenwart des Richters aber nach Gajus nicht nothwendig. Unvollständig ist die Definition des Ascon. ad Divinat. c. 4... cognitor, si praesentis causam novit, et sic tuetur ut suam.

51) Die Worte beim Auct. ad Herenn. II. c. 13. Ut major

das prätorische Edikt den Cognitor erwähnen [52]). Der Procurator, als ein Geschäftsführer, dem es zwar nicht am Auftrag, aber an jener förmlichen Bestellung fehlte, wurde früher wohl nur im Nothfall für den Kläger zugelassen, z. B. wenn dieser abwesend war, und deshalb einen Cognitor nicht bestellen konnte [53]). Später erhielt die freiere Rechtsform auch hier mit der strengen gleiche Autorität, bis sie endlich diese letztere ganz verdrängte [53a])

---

annis LX. et cui morbus causa est, cognitorem det, sind auf jeden Fall aus einer alten Rechtsquelle, wahrscheinlich aus einer Lex, durch welche die Zulässigkeit des Cognitors für gewisse Fälle vorgeschrieben wurde.

52) Nach Fragm. Vat. §. 322. 323. 341. gingen die Hauptstellen des Edikts auf den Cognitor, und nur nachtragsweise wurden die für jenen gemachten Bestimmungen auf den Procurator übertragen. Vgl. Schrader in der krit. Zeitschrift für Rechtswissenschaft Bd. 1. Heft 1. S. 177.

53) Noch Cic. pro Rosc. com. c. 17. sagt: alteri nemo (petere) potest, nisi qui cognitor est factus. Daß der Procurator ursprünglich nur für einen Abwesenden zugelassen wurde, bestätigt Festus v. cognitor. Procurator autem absentis nomine auctor fit und Ascon. l. c. procurator, si absentisn egotium suscipiat. Auch scheint es, daß der Procurator früher meist der Verwalter sämmtlicher Geschäfte eines Abwesenden war, welchem natürlich die förmliche Bestellung zu einem einzelnen nicht vorhergesehenen Prozeß fehlte. Cic. pro Caec. c. 20. pro Quintio c. 6. L. 1. §. 1. D. h. t. Vgl. Ph. E. Huschke Excurs. V. ad orat. pro Tullio §. 17. in J. G. Huschke Analecta litteraria. Lips. 1826. 8.

53a) Wie dieß geschah, soll unten gezeigt werden. Die Zeit, in welcher der Cognitor ganz verschwand, können wir nicht genau angeben. Im Justinianischen Recht kommt er nicht mehr vor. Seltsamerweise hat sich in den Quellen des canonischen Rechts und bis in Gratians Decret ein Fragment einer sonst unbekannten vorjustinianischen Rechtsquelle erhalten, worin der Unterschied des Procura-

Die Wirkung jener förmlichen Bestellung des Cognitors ist eine vollständigere Repräsentation des Dominus, wie Gajus IV. §. 97. ausdrücklich sagt:

Cum enim certis et quasi solennibus verbis in locum domini substituatur cognitor, merito domini loco habetur.

Diese Worte sind nicht so zu verstehen, als wenn der Cognitor durch jene förmliche Bestellung dominus litis würde [54]). Dieß wird er erst durch die litis contestatio, obgleich in geringerem Maaße als der Procurator, eben weil er den Dominus vollständiger repräsentirt. Denn je vollständiger die Repräsentation, desto mehr tritt das s. g. dominium litis, das eigne Recht des Repräsentanten zurück. Sondern in dem Sinne ist der Cognitor domini loco, daß seine Handlungen in gewisser Beziehung so auf den Dominus wirken, als hätte dieser sie selbst vorgenommen. Bestätigt wird diese Erklärung durch die folgenden Worte des Gajus in §. 98., wo es heißt:

De qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse egerit.

Diese vollständigere Repräsentation haben wir uns indeß auch hier nicht so zu denken, wie sie bei uns heutzu-

---

tor und Cognitor erwähnt wird. c. 1. C. 3. qu. 7. Infamis persona nec procurator esse potest, nec cognitor. Gratian hält den Cognitor für den Richter. Vgl. Savigny Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter, Bd. 2.

54) So nimmt sie Schrader, Was gewinnt die Rechtsgeschichte durch Cajus Instit. Heidelb. 1823. S. 18. und a. a. O. S. 178. S. dagegen Mühlenbruch Cession S. 56.

tage statt findet, wo jede einzelne Handlung unmittelbar für den Dominus und nur für diesen wirkt [55]). Alles was bisher über die Wirkung des Prozesses für den Repräsentanten gesagt worden ist, tritt nach dem ausdrücklichen Zeugniß der Quellen auch beim Cognitor ein. Die actio wird in der Formel zwar aus der Person des Dominus begründet, aber durch die condemnatio auf den Cognitor gerichtet [56]). Die litis contestatio macht ihn zum dominus litis, d. h. begründet für ihn ein neues Rechtsverhältniß [57]). Das Urtheil muß nach allem diesem auf ihn gerichtet werden [58]), und die obligatio und actio judicati für ihn entstehen. Das Eigenthümliche dieses Falles kann also nur darin liegen, daß neben dieser Wirkung des Prozesses für den Repräsentanten selbst, eine Rückwirkung auf den Dominus statt findet, wodurch es dem endlichen Erfolge nach dahin kommt, als hätte der Dominus selbst geklagt. Und auch diese Rückwirkung auf den Dominus steht, wie wir gleich sehen werden, mit dem allgemeinen Princip über Unmöglichkeit der Repräsentation

---

55) So scheinen es Schweppe Rechtsgesch. §. 535. und Heffter Instit. des Civilprozesses S. 118. anzusehen.

56) Gajus IV. §. 86. sagt dieß allgemein von jedem, qui alieno nomine agit, der als Repräsentant im Prozeß auftritt, während er vorher die einzelnen Fälle des Cognitors, Procurators, Tutors, Curators genannt und erklärt hatte.

57) Eine Folge hiervon enthält L. 7. C. Th. de cogn. et proc.

58) L. 1. C. de sententiis spricht zwar nur vom Procurator, aber ihre ratio geht auch auf den Cognitor. Der Einwand aus Fr. Vat. §. 317. wird unten beseitigt werden.

bei obligatorischen Handlungen nicht in direktem Widerspruch.

Zweierlei Wirkung des Prozesses müssen wir hier wieder unterscheiden. Einmal die Wirkung der litis contestatio, welche aber nach Beendigung des Prozesses auf die res judicata übergeht, nehmlich die allgemeine Verbindlichkeit beider Theile diesen Prozeß anzuerkennen, dieselbe Sache nicht noch einmal zum Gegenstand eines neuen Prozesses, einer neuen richterlichen Untersuchung zu machen, welche in den meisten Fällen durch die exceptio rei in judicium deductae und rei judicatae geltend gemacht wird. Dann zweitens die aus dem condemnatorischen Urtheil entspringende actio judicati, oder Forderung des Gegenstandes der Condemnation.

Was nun das Erste betrifft, so sagt Gajus auf das bestimmteste, daß wenn ein Cognitor für den Kläger aufgetreten sey, dieser letztere eben so wenig noch einmal klagen könne, als wenn er das erstemal geklagt hätte, und folgert daraus, daß der Cognitor dem Gegner keine Caution dafür zu geben habe, daß der Dominus seine Handlungen ratihabiren werde. Natürlich, denn der Dominus ist an seine Handlungen gebunden, kann gar nicht anders, als ratihabiren. Es ist die vorhin angeführte Stelle (Gaj. IV. §. 96—98.), welche ihrem vollständigen Zusammenhang nach so lautet:

Ipse autem, qui [59]) agit, si suo nomine agit, satis non dat. Ac nec si per cognitorem qui-

---

59) Es heißt hier eigentlich: qui in rem agit. Nach §. 100. gilt aber dasselbe bei der actio in personam.

dem agatur, ulla satisdatio vel ab ipso, vel a domino desideratur. Cum enim certis et quasi solennibus verbis in locum domini substituatur cognitor, merito domini loco habetur. Procurator vero si agat, satisdare jubètur, ratam rem dominum habiturum. Periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur. Quod periculum (*non*) intervenit, si per cognitorem actum fuit. Quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse egerit.

Was iſt nun aber der Grund davon, daß die nochmalige Klage des Dominus ausgeſchloſſen iſt, da doch, wie vorhin bemerkt wurde, die litis contestatio als obligatoriſche Handlung nur den Cognitor, der ſie vorgenommen, binden kann? Der Grund liegt nicht in der litis contestatio, ſondern in der förmlichen Beſtellung des Cognitors, worauf Gajus auch hindeutet. Der Dominus hat ſich hierdurch wie durch einen förmlichen Vertrag dem Gegner verpflichtet, die Handlungen ſeines Cognitors gelten zu laſſen. Dieß iſt der eigentliche Grund ſeiner Verpflichtung; er iſt alſo nicht durch eine fremde, ſondern durch ſeine eigne Handlung obligirt. Die litis contestatio und geſammte Prozeßführung des Cognitors iſt nur die Veranlaſſung, daß jene Verbindlichkeit wirkſam wird. Hiernach könnte es ſcheinen, als wenn die nochmalige Klage des Dominus immer durch eine auf jenen förmlichen Vertrag gegründete exceptio ausgeſchloſſen ſeyn müſſe, niemals ipso jure. Allein ſchon die Stelle des Gajus ſcheint anzudeuten, daß es auch in dieſer Beziehung gerade ſo ſey,

als wenn der Dominus selbst geklagt hätte. Und dieß ist leicht durch innere Gründe zu rechtfertigen.

Bei einer persönlichen Klage, die mit einer formula in jus concepta und im legitimum judicium angestellt wird, zerstört die litis contestatio die Obligation ipso jure. Ist nun ein Cognitor dabei aufgetreten, d. h. ein solcher Anwalt, dessen Handlungen der Dominus förmlich als die seinigen anerkannt hat, so ist es andern Analogien, z. B. dem, was bei der Zahlung und der Novation gilt, ganz gemäß [60]), auch hier anzunehmen, daß die Forderung des Dominus ipso jure getilgt sey. Während in allen übrigen Fällen der nochmaligen Klage natürlich nur die exceptio rei in judicium deductae oder rei judicatae entgegen steht.

Ihre volle Bestätigung erhält diese Ansicht durch eine Pandektenstelle, welche, wenn man die sehr deutliche und ungeschickte Interpolation wegdenkt, den Grundsatz des ältern Rechts auf das unzweideutigste enthält. Es ist L. 22. §. 8. D. ratam rem haberi von Julian:

Si procurator judicium de hereditate ediderit, deinde dominus fundum ex ea hereditate petierit, stipulatio ratam rem haberi committetur, quia si verus procurator fuisset, exceptio rei judicatae dominum summoveret. Plerumque autem sti-

---

60) Andre Analogien sind freilich auch dagegen, z. B. was bei der acceptilatio gilt. Aber diese soll überhaupt durch einen Repräsentanten nicht geschehen können. War aber einmal durch Gesetze oder das Prätorische Edikt der Cognitor im Prozeß zugelassen, so war es natürlich, daß man die litis contestatio hierin der novatio gleichstellte, mit der sie ohnedieß mehr Aehnlichkeit als mit der acceptilatio hat.

pulatio ratam rem haberi his casibus committitur, quibus si verus procurator egisset, domino aut ipso jure, aut propter exceptionem actio inutilis esset.

Wer ganz unbefangen die Stelle lieſt, dem muß es auffallen, daß der verus procurator, der hier dem procurator ſchlechthin entgegengeſetzt wird, in der That mit dieſem keinen Gegenſatz bilde. Und ſo bin ich überzeugt, daß die Stelle nachläſſig interpolirt ſey, und daß Julian an der Stelle von verus procurator beidemal cognitor geſchrieben habe [61]). Unter dieſer Vorausſetzung iſt der Sinn der Stelle dieſer.

Wenn ein Procurator die hereditatis petitio angeſtellt, und cautio de rato gegeben hat, und nun der Dominus ein Grundſtück aus dieſer Erbſchaft als Erbe vindicirt, ſo wird die cautio de rato committirt, d. h. der Dominus ficht hierdurch an, was der Procurator für ihn gethan hat, alſo muß dieſer dem Gegner aus der Caution Erſatz geben. Als Grund fügt Julian hinzu: denn wenn dieſer Anwalt ein Cognitor geweſen wäre, ſo würde dem Dominus die exceptio rei judicatae entgegenſtehen. Und es iſt eine allgemein gültige Regel, daß die cautio de rato in den Fällen committirt werde, in welchen, wenn ein Cognitor geklagt hätte, die Klage des Dominus ipso jure oder per exceptionem ausgeſchloſſen wäre.

Dieß letzte iſt es, was uns hier intereſſirt. Nach dem Zeugniß des Julian iſt die Klage des Dominus durch

---

61) Für das Juſtinianiſche Recht müſſen wir unter dem zuerſt genannten procurator einen falsus procurator verſtehen.

die litis contestatio des Cognitors nicht immer per exceptionem, sondern zuweilen auch ipso jure aufgehoben. Und dieß kann natürlich nur dann seyn, wenn in personam, mit einer formula in jus concepta, im legitimum judicium geklagt ist. Für das Justinianische Recht freilich hat dieß ipso jure keinen Sinn mehr, wenn wir nicht eine solutio hinzudenken.

Die litis contestatio des Cognitors wirkt also auf das Recht des Dominus rückwärts gerade so, als wenn dieser selbst geklagt hätte. Und wir können von dem Cognitor sagen, was spätere Rechtsquellen vom simplen Procurator sagen: cognitor rem in judicium deducit. Das Recht des Dominus deducirt er in judicium, so daß dieser es durch eine zweite Klage nicht mehr geltend machen kann, der Cognitor zerstört es, hebt es auf durch seine litis contestatio.

Es versteht sich von selbst, daß alles dieß auch vom Cognitor des Beklagten gelte, und daß jede Parthey, da sie an die Handlungen ihres Cognitors gebunden ist, sich auch zu ihren Gunsten darauf berufen könne, wovon unten noch ausführlicher die Rede seyn wird.

Wir haben nun zweitens die actio judicati als eine eigenthümliche Wirkung des condemnatorischen Urtheils zu betrachten. Nach dem früher Gesagten kann es nicht bezweifelt werden, daß diese Obligation unmittelbar nur für die Cognitoren entstehen könne, auf welche das Urtheil gerichtet wurde. Waren sie cognitores in rem suam, so war dieß ganz in der Ordnung. Der Cognitor des Klägers sollte dann allen Vortheil von diesem Prozesse haben; es war also der Absicht des Klägers ganz gemäß,

daß er mit der actio judicati das Judicatum forderte und für sich behielt. Der Cognitor des Beklagten hatte als cognitor in rem suam die Schuld ganz auf sich genommen, mußte daher auch die actio judicati sich gefallen lassen, und das Judicatum zahlen. Allein wie wenn der Cognitor nur Geschäftsführer ist? Hier war es wünschenswerth, die actio judicati auf irgend eine Weise auf den Dominus zu übertragen. Denn der Anwalt im Prozeß ist nicht allemal bevollmächtigt, Zahlung für den Dominus anzunehmen, oder hat sich durch Uebernahme der Sache nicht verpflichtet, für den Dominus Zahlung zu leisten. Hier trat der Prätor dazwischen, und bewirkte durch seine Jurisdiction, was nach strengem Civilrecht nicht möglich war. Er übertrug die actio judicati activ und passiv auf den Dominus, und versagte sie für die Cognitoren [62]). Ob er dieß durch eine Fiktion that, ob daher die actio judicati für den Dominus als actio utilis gegeben wurde, wissen wir nicht. So viel aber ist gewiß, daß eine eigne Stelle des Edikts dieß vorschrieb, welche sicher älter ist, als die actiones utiles, die später in ähnlichen Fällen gegeben wurden, ja ohne Zweifel mit der ersten Einführung der Cognitoren zusammentraf. Die Beweisstellen hierfür sind folgende:

1)

---

62) Ich denke es mir wie bei der Condemnation aus der sponsio praejudicialis. So wie diese nur Sache der Form ist, und deßhalb die actio judicati daraus versagt wird, so auch die auf die Cognitoren gerichtete Condemnation. Oder man kann die Obligation der Cognitoren dem nudum jus Quiritium vergleichen.

1) Fragm. Vat. §. 317. Cognitore — interveniente judicati actio [63]) domino vel in dominum datur, non alias enim cognitor experietur [64]) vel ei actioni [65]) subjicietur, quam si in rem suam cognitor factus sit. Interveniente procuratore judicati actio ex Edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit [66]).

Hiernach iſt es etwas Eigenthümliches beim Cognitor, daß die actio judicati für den Dominus gegeben wird, was beim ſimplen Procurator nicht ſtatt findet. Und da dieß letztere aus dem Edictum perpetuum abgeleitet wird, ſo müſſen wir wohl auch das erſte auf dieſelbe Quelle zurückführen. Nicht nach individueller willkührlicher Verfügung des Prätors im einzelnen Falle, ſondern nach der allgemeinen Vorſchrift des Prätoriſchen Ediktes wird alſo die actio judicati vom Cognitor auf den Dominus übertragen, nur den cognitor in rem suam ausgenommen.

2) Paul. sent. rec. I. 2. de cognitoribus §. 4.

---

63) Die Vatikaniſche Handſchrift lieſt judicatio, dieß würde heißen: das Urtheil werde zu Gunſten des Dominus und gegen den Dominus geſprochen. Allein dieß kann ich unmöglich glauben, da die condemnatio in der Formel den Judex anwies, den Cognitor des Beklagten zu Gunſten des Cognitors des Klägers zu condemniren. S. oben Note 56. Auch der Zuſammenhang der Stelle ſelbſt fordert aber die im Text angenommene Emendation. Denn im Folgenden iſt nicht von der Richtung der Condemnation, ſondern nur von der Beziehung der actio judicati die Rede.

64) Cod. Vat. cognitori experitur. Vielleicht iſt auch noch ea actione einzuſchieben.

65) Cod. Vat. actio.

66) Vgl. §. 331.

Actio judicati non solum in dominum aut domino, sed etiam heredi et in heredem datur.

Wenn der Dominus auch während des Prozesses stirbt, so bleibt das Verhältniß dasselbe, nur daß die actio judicati dann für den Erben gegeben wird.

3) L. 7. C. Th. de cognit. (Theodos. et Val.) ... cum manifestum sit, si cognitor ... usus fuerit in judicio prosperiore fortuna, vel eadem reclamante devictus, judicati actionem sine ulla cunctatione in dominum dari vel domino.

Merkwürdig ist hier das sine ulla cunctatione. Es geschieht in Folge der allgemeinen Rechtsregel, welche ohne Weiteres angewandt wird, nicht durch Verfügung des Richters im einzelnen Fall noch vorhergegangner causae cognitio.

Auf diese Weise wurde bei dem Cognitor der ganze Prozeß für den Dominus eben so wirksam gemacht, als hätte er ihn selbst geführt, ohne die allgemeinen Principien geradezu zu verletzen. Wie nun aber beim simplen Procurator? Für diesen galt alles bisher Gesagte nicht, und eben so wenig für den Tutor und Curator, die in dieser Beziehung dem Procurator gleichstanden [67]). Sollten sie aber als Repräsentanten im Prozeß zugelassen werden, und dieß geschah zu Gajus Zeit ohne alle Einschränkung, so mußte ihre Prozeßführung auf irgend eine andre Weise für den Dominus wirksam gemacht werden. Wie dieß

---

67) Gaj. IV. §. 99. cf. §. 97. 98. Es ist allerdings auffallend, daß man die Vormünder, die doch gewiß von jeher als Repräsentanten ihrer Mündel auftreten konnten, nicht dem Cognitor gleichstellte.

geschah, wollen wir jetzt untersuchen, wobei wir wieder die Wirkung der litis contestatio, die exceptio rei in judicium deductae vel rei judicatae, wodurch die nochmalige Klage ausgeschlossen ist, und die Wirkung des condemnatorischen Urtheils, die actio judicati in der Darstellung von einander trennen. In beiden Beziehungen wird aber die doppelte Frage zu beantworten seyn, ob die Prozeßführung des Repräsentanten ein Recht und ob sie eine Verbindlichkeit für den Dominus begründe.

Die erste Frage ist also die, ob die litis contestatio des Procurators den Dominus binde, und seine nochmalige Klage ausschließe. Hierauf giebt uns die oben angeführte Stelle des Gajus (IV. §. 97. 98.) die entscheidendste Antwort, indem sie sagt: Bei dem Cognitor könne der Dominus nicht noch einmal klagen, daher er dem Gegner keine cautio de rato zu geben habe. Beim Procurator hingegen sey die Gefahr, daß der Dominus dieselbe Klage noch einmal anstelle, und deshalb sey jene Caution nothwendig.

> Procurator vero si agat, satisdare jubetur ratam rem dominum habiturum, periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur.

Die Sache selbst hat hiernach kein Bedenken. Es wäre durchaus willkührlich, wie frühere Interpreten [68]) wohl gethan haben, die Nothwendigkeit der Caution auf den Fall zu beschränken, wo die Vollmacht ungewiß ist, und auch die Gefahr der nochmaligen Klage des Domi-

---

68) Zu pr. Inst. de satisdat. (4, 11.), wo sich dieselben Worte finden.

nus daher abzuleiten, so daß also, wenn der Dominus dem Procurator wirklich Vollmacht ertheilt hätte und der Gegner dieß beweisen könnte, die nochmalige Klage ausgeschlossen wäre. Diese Erklärung läßt unsre Stelle nicht zu. Denn sie fordert vom wirklichen Procurator, der Vollmacht hat, allgemein jene Caution, um der allemal eintretenden Gefahr willen, daß der Dominus noch einmal klagen könnte. Dieß bestätigen die Worte des Prätorischen Edikts, welche allgemein jedem Repräsentanten des Klägers, der nicht Cognitor ist, die cautio de rato auflegen [69]). Zu der Zeit, da diese Stelle in das Edikt eingerückt wurde, muß also der Kläger, wenn nicht ein Cognitor für ihn aufgetreten war, allgemein noch einmal haben klagen können. Daß dieß aber auch noch zu Gajus Zeit galt, daß er also hier das damals praktische Recht vorträgt, obgleich sehr bald nach ihm freiere Grundsätze herrschend wurden, sehen wir aus dem, was er unmittelbar darauf (§. 99.) von den Tutoren und Curatoren sagt:

---

69) L. 33. §. 3. D. h. t. Ait. Praetor: Cujus nomine quis actionem dari sibi postulabit, is eum viri boni arbitratu defendat: et ei, quocum eo nomine aget, id ratum habere eum, ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisdet. cf. L. 39. §. 1. D. eod. Sie gehört offenbar zu dem allgemeinen dem Edictum cognitorium angehängten Edikt, und bezieht sich deshalb auf alle, die alieno nomine klagen, und nicht Cognitoren sind, als Procuratoren, Tutoren, Curatoren. Diesen legt der Prätor eine doppelte Verbindlichkeit auf: 1) den Dominus, für den sie klagen, gegen andre Klagen zu vertheidigen. (Auch hieraus geht hervor, daß beim Procurator der Dominus als abwesend gedacht wird. Vgl. Fr. Vat. §. 330.) 2) Jene Caution zu geben, nehmlich wegen der actio. Denn wegen der defensio wird sie in der Regel nicht gefordert.

Tutores et curatores eo modo quo et procuratores satisdare debere verba Edicti faciunt, sed aliquando illis satisdatio remittitur [70]).

Also nach der allgemeinen Vorschrift des Ediktes müssen auch die Tutoren und Curatoren die cautio de rato geben, weil auch hier die Gefahr der nochmaligen Klage ist. Zuweilen aber erläßt ihnen der Prätor die Caution [70a]), wo er dann natürlich die nochmalige Klage nicht zuläßt. Hier findet sich also bei den Vormündern der erste Anfang zu der freiern Ansicht der spätern Zeit, und es ist hierdurch zugleich bewiesen, daß diese Ansicht selbst in ihrem vollen Umfang zu Gajus Zeit nicht gegolten haben könne.

Dagegen macht keine große Schwierigkeit, daß Stellen der Justinianischen Compilation, die aus der Zeit des Gajus herrühren, die spätern Grundsätze enthalten. Denn wir können sie mit Grund für interpolirt halten [71]).

Was aber die innere Begründung der Sache betrifft, so kann sie wohl nur folgende seyn. Beim Cognitor hat sich der Dominus dem Gegner durch einen förmlichen Vertrag verpflichtet, die Handlungen seines Anwalts anzuer-

---

70) Vgl. pr. Inst. de satisdat. Die verba Edicti sind die in der vorigen Note angeführten.

70a) Ohne Zweifel dann, wenn sie nothgedrungen den Prozeß des Mündels selbst übernahmen. Vgl. L. 1. §. 2. 3. L. 2. pr. D. de adm. tut.

71) So L. 78. §. 1. D. h. t. von Afrikan, und die Meinung des Julian in L. 40. §. 2. D. eod. (Note 93.), die sich ursprünglich ohne Zweifel auf den Cognitor bezogen. Weniger sicher nachzuweisen ist die Interpolation in L. 1. C. h. t. von Antoninus Pius. Der Widerspruch mit Gajus macht ihre Annahme aber nothwendig.

kennen. Beim Procurator aber, ebenso beim Tutor und Curator, ist zwischen dem Dominus und dem Gegner nichts vorgegangen, was jenen verpflichten könnte. Insbesondre das Mandat, als ein obligatorischer Vertrag zwischen Mandans und Mandatar kann Dritten keine Rechte geben. Die litis contestatio des Procurators selbst kann als obligatorische Handlung eben so wenig den Dominus unmittelbar verpflichten. Also ist dessen nochmalige Klage aus keinem Grunde ausgeschlossen. Auffallend ist es allerdings, daß man hier bei diesen strengen Grundsätzen noch stehen blieb, während man schon früher in andern ähnlichen Verhältnissen dem Mandate auf gewisse Weise Wirkungen für Dritte beilegte, und auch bei Vormündern etwas der Repräsentation Aehnliches zuließ [72]). Allein die Entwicklung des Römischen Rechts zum Allgemeineren hat ja überhaupt nicht in allen Rechtstheilen gleichen Schritt gehalten, weshalb es für das ältere Recht nicht allemal möglich ist, von dem einen Institut auf das andre strenge Consequenzen zu ziehen. Die Juristen folgten bei dieser Fortbildung nur dem Bedürfniß. Und in der That war dieß hier nicht so dringend, wo man sich in den meisten Fällen durch Bestellung zum Cognitor, in andern durch die cautio de rato helfen konnte.

Ueber diese Caution ist nun noch Folgendes nachzu-

---

72) So gab man längst aus dem Pactum des Procurators die exceptio doli gegen den Dominus nach L. 10. §. 2. D. de pactis. vgl. L. 7. §. 2. D. quib. modis pig. Und eine Novation, die ein Dritter mit dem Willen des Creditors vornahm, zerstörte dessen Forderung ipso jure. Gaj. II. §. 38. Beide Analogien hätte man, so scheint es, auf die litis contestatio anwenden können.

tragen [73]). Ihr vollständiger Name ist satisdatio ratam rem dominum habiturum. Es ist eine Stipulation mit Bürgen, wodurch der Procurator die Ratihabition des Dominus oder das Interesse verspricht. Regelmäßig giebt sie nur der Procurator des Klägers, weil nur von diesem allemal die nochmalige Klage zu befürchten ist. Tritt dieselbe Gefahr auch beim Beklagten ein, so muß auch dessen Repräsentant sie bestellen [74]). Sie ist, wie es aus dem bisher Gesagten hervorgeht, ein Surrogat der exceptio rei in judicium deductae oder rei judicatae, daher sie in denselben Fällen committirt wird, in welchen, wenn der Kläger persönlich oder durch einen Cognitor geklagt hätte, diese Einrede der zweiten Klage entgegenstünde [75]). Unmittelbar schließt sie indeß die zweite Klage des Dominus nicht aus, sondern verpflichtet nur den Procurator und seine Bürgen zum Schadensersatz. Jedoch wird indirekt auch der Dominus meist dadurch abgehalten werden, dieselbe Sache noch einmal in judicium zu deduciren. Denn der Procurator kann, was er dem Gegner aus jener Caution prästirt, vom Dominus mit der actio mandati contraria wiederfordern. Und so wird ihn die Erwartung dieses Regresses häufig bewegen, die Prozeßführung seines Mandatars anzuerkennen.

---

73) Außer der Ediktstelle in Note 69. sind Hauptquellen für dieselbe Dig. 46, 8. ratam rem haberi, Paulus in Consult. c. 3. und Fragm. Vat. §. 336.

74) L. 39. §. 5—7. L. 40. §. 2. D. de procur. L. 6. D. ratam rem hab.

75) L. 22. §. 8. L. 8. pr. D. ratam rem hab. L. 40. §. 2. D. de procur.

Ehe ich zu dem Recht der spätern Zeit übergehe, bemerke ich nur noch, daß was bisher vom Procurator gesagt wurde, nicht bloß auf einen eigentlichen Geschäftsführer, sondern auch auf den procurator in rem suam zu beziehen ist, so daß also die Cession einer Forderung mit vollständiger Wirkung im ältern Recht nicht durch bloßes Mandat, sondern nur durch Bestellung zum Cognitor geschehen konnte [76]), so jedoch, daß im ersten Fall, was noch fehlte, durch die cautio de rato ergänzt wurde [77]). Nur in den Fällen, wo schon damals dem Cessionar eine actio utilis gegeben wurde, war es anders, weil hier auch schon vor der litis contestatio der Dominus oder Cedens in der Concurrenz mit dem Cessionar von Verfolgung des cedirten Rechts ausgeschlossen war [78]). Dahin kann aber für die Zeit des Gajus wohl nur der Fall der verkauften Erbschaft gezählt werden [79]).

Nach Gajus Zeit ist in diesen Grundsätzen eine durchgreifende Aenderung eingetreten, wovon sich schon bei ihm die ersten Anfänge finden, die aber erst in den Schriften des Ulpian, des Paulus und ihrer Zeitgenossen [80])

---

76) Gaj. II. §. 39. nennt ausdrücklich diese beiden Formen.

77) Die oben Note 69. angeführte Stelle des Edikts, welche diese Caution von jedem Repräsentanten des Klägers, der nicht Cognitor ist, fordert, ging auch auf diesen Fall.

78) Vgl. L. 55. D. de procur.

79) Hier hatte ein rescriptum D. Pii die actio utilis gegeben nach L. 16. pr. D. de pactis.

80) Die Stellen gehören zwar auch Justinians Compilation an, aber an Interpolation ist hier, wie sich unten zeigen wird, nicht zu denken. Wir können auf diese Weise die im Text bemerkte Aenderung des Rechts, ohne daß wir ihre Quelle kennen, chronologisch genauer bestimmen, als die Umwandlung manches andern Instituts.

vollendet erscheint. Wir wissen nicht, ob sie vielleicht unter dem Einfluß kaiserlicher Rescripte, oder durch die Juristen selbst herbeigeführt wurde. Auf alle Weise stand das neue Princip nicht isolirt da, sondern in enger Verbindung mit andern Entwickelungen des Rechtssystems. In diesem Zusammenhang ist es daher aufzufassen und darzustellen.

Der Dominus sollte jetzt an die Prozeßführung des von ihm bevollmächtigten Procurators eben so gebunden seyn, wie früher nur an die Handlungen des förmlich bestellten Cognitors. Für die innere Begründung dieses Satzes ist aus allem bisher Gesagten so viel gewiß, daß es nicht die aus der litis contestatio selbst entstehende Verbindlichkeit sey, welche durch den Procurator auf den Dominus übergeht. Dieß wäre eigentliche direkte Repräsentation gewesen, welche das Römische Recht bei obligatorischen Handlungen niemals angenommen hat. Auch bei dem Cognitor begründete die förmliche Bestellung ein unmittelbares Verhältniß zum Gegner, und überall, wo passive Repräsentation bei Contracten angenommen wird, finden wir dasselbe [81]). So muß es also auch hier seyn. Aber aus welchem Grunde kann hier, wo nichts als das Mandat

---

81) Non transfertur actio, sed adjicitur. L. 5. §. 1. D. de ex. act. Die von dem Repräsentanten contrahirte Verbindlichkeit geht nicht durch ihn unmittelbar auf den Dominus über, wie das Eigenthum, wenn es durch einen Bevollmächtigten erworben wird, auch wird die Klage nicht nachher auf den Dominus übertragen, sondern der Prätor giebt neben der Klage gegen den Repräsentanten, eine zweite gegen den Dominus, die auf einer selbstständigen, zwischen ihm und dem Gegner bestehenden Obligation ruht. Diese Ansicht weiter auszuführen, ist hier nicht der Ort. Ich halte sie für wichtig und nicht genug beachtet.

zwischen dem Dominus und Procurator vorgekommen ist, ein obligatorisches Verhältniß zum Gegner angenommen werden? Das Mandat erzeugt ja, wie früher behauptet wurde, nur ein Verhältniß zwischen Mandans und Mandatar, kann also, wie es scheint, dem Dritten kein Recht geben? Allerdings ist dieß nach strenger Rechtsansicht der Fall, und hierbei blieb man in der frühern Zeit stehen. Allein später ging man einen Schritt weiter. Wenn der Dominus seinem Procurator Auftrag ertheilte mit dem Bewußtseyn, daß Dritte darauf hin sich mit demselben einlassen werden, so lag darin auch die Erklärung, daß er dieß gutheiße und dafür einstehe; und hieraus ist er nun den Dritten verpflichtet. Am wenigsten Bedenken hat diese Annahme, wenn er die specielle Bevollmächtigung dem Gegner anzeigt. Hierin liegt ja das Geheiß, ein Mandat an den Gegner, sich mit dem Procurator einzulassen, und das Versprechen, dessen Handlungen anzuerkennen; kurz Alles was bei der Bestellung des Cognitors vorkam, ausgenommen die Form. Allein auch ohne jene Anzeige, namentlich bei dem Generalmandat, muß sich der Dominus sagen, daß Dritte Kenntniß davon erhalten, und sich darauf hin mit dem Procurator einlassen werden. Dieß veranlaßt er also durch seine Bevollmächtigung, und muß deßhalb dem Dritten auch haften [82]). Doch wird in je-

---

82) Man kann hierauf anwenden, was L. 34. §. 3. D. de solut. in Beziehung auf die Zahlung an einen Procurator sagt: qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intelligitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant. Dasselbe Princip liegt nach meiner Ueberzeugung auch der actio quod jussu, de peculio, exercitoria und ähnlichen Klagen zum Grunde. Vgl. L. 1.

nem ersten Fall seine Verpflichtung dem Gegner gegenüber eine strengere, in diesem letzten Fall eine losere seyn, wovon sich unten praktische Folgen zeigen werden.

Dasselbe wurde auch bei dem Vormunde angenommen. Dessen Prozeßführung sollte jetzt allgemein den Mündel verpflichten, was natürlich aus einer Willenserklärung des Mündels nicht abgeleitet werden kann. Es ist hier die allgemeine Verbindlichkeit des Mündels, die Amtshandlungen des Vormunds anzuerkennen, welche ihn auch Dritten verpflichtet; also doch wieder ein unmittelbares Verhältniß zu diesen.

Die Bedingung dieser Verbindlichkeit des Dominus, die Prozeßführung des Repräsentanten gelten zu lassen, ist also beim Procurator das Mandat, beim Vormunde dessen gehörige Berufung zu diesem Amte.

Es ist nun der Beweis des Gesagten zu führen. Zuvörderst gehört hierher L. 56. D. de judiciis von Ulpian:

Licet verum procuratorem in judicium [83]) rem deducere verissimum est, tamen et si quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in judicium deducta.

Verus procurator ist ein solcher, dem wirklich Auftrag ertheilt ist, wie es der Ausdruck selbst und der Zusammenhang der Stelle ergiebt [84]). Denn es wird dem

---

§. 1. D. quod jussu L. 46. D. de peculio L. 1. §. 2. D. de ex. act.

83) Flor. judicio.

84) S. auch L. 12. pr. D. de solut. (Ulp.)

wirklichen Procurator, der Auftrag hat, derjenige entgegengesetzt, der nicht Procurator, sondern negotiorum gestor ist, und dessen Prozeßführung der Dominus ratihabirt. Die Ratihabition soll gleiche Wirkung mit dem Mandat haben. Dieser Zusammenhang macht es auch gewiß, daß die Stelle nicht interpolirt seyn könne, daß schon Ulpian vom verus procurator und nicht vom Cognitor gesprochen habe. Was ist es nun, was vom verus procurator behauptet wird? Ulpian sagt, es sey unbestreitbar, daß der wirkliche Procurator die Sache in judicium deducire [85]). Dasselbe sagt vom Tutor Paulus in L. 22. D. de adm. tut.:

Tutor ad utilitatem pupilli et novare et rem in judicium deducere potest [86]).

Der Sinn dieses Ausdruckes kann nicht seyn: der Procurator oder Tutor könne überhaupt gültig für den Dominus oder Pupillen klagen und litem contestiren. Dieß konnte er auch schon früher und sich dadurch obligiren. Die Sache selbst, das Recht des Klägers soll er jetzt auf dieselbe Weise in judicium deduciren können, wie bei der Novation die frühere Obligation in stipulationem deducirt wird, so daß die litis contestatio auf den Dominus und sein Recht zurückwirkt, und es aufhebt, ipso jure oder per exceptionem rei in judicium deductae. Also mit einem Wort, die litis contestatio des Procurators und Tutors bindet den Dominus und Pupillen, die noch-

---

85) Vom Procurator schlechthin sagen dasselbe L. 12. D. de pactis (Ulp.) und L. 78. §. 1. D. h. t. (Afric.). In der letzten Stelle ist Procurator interpolirt für Cognitor.

86) Vgl. L. 23. eod. Ulp.

malige Klage deſſelben iſt ipso jure oder durch die exceptio rei in judicium deductae vel rei judicatae ausgeſchloſſen. Die Richtigkeit dieſer Erklärung beſtätigt Ulpian in L. 11. §. 7. D. de exc. rei judicatae:

Hoc jure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei judicatae hae personae continerentur, quae rem in judicium deducunt; inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum [87]).

In der exceptio rei judicatae ſind von Seiten des Klägers alle diejenigen enthalten, die die Sache in judicium deduciren, der wirkliche Procurator, Tutor, Curator u. ſ. w. d. h. dieſe Einrede kann gegen den Kläger begründet werden aus der Perſon aller derer, die in dem frühern Prozeß ſein Recht in judicium deduciren konnten. Ich kann nicht bloß excipiren: at si ea res judicata non sit inter me et te, ſondern auch ſo: at si ea res judicata non sit inter me et procuratorem, s. tutorem, s. curatorem tuum [88]). Alſo iſt es gleichbedeutend, wenn geſagt wird: der Procurator, Tutor, Curator deducire die Sache in judicium, oder: aus ſeiner Prozeßführung ſtehe der nochmaligen Klage des Dominus die exceptio rei judicatae entgegen. Dieß letztere beſtätigen auch andre Stellen [89]).

---

87) Vgl. L. 4. D. eod.

88) L. 9. §. 2. L. 11. §. 3. D. de exc. rei jud.

89) L. 40. §. 2. D. h. t. (Ulp.), welche vielleicht urſprünglich auf den Cognitor ging. S. Note 93. L. 10. C. eod. Alex. Auch iſt hierauf die Regel der L. 63. D. de re jud. zurückzuführen, nach welcher die res judicata gegen den Intervenienten die

Ob die Klage des Dominus in irgend einem Falle durch die litis contestatio des Procurators ipso jure aufgehoben worden sey, darüber entscheiden die Quellen nicht. Ich möchte es bezweifeln, da die Wirkung der litis contestatio für den Dominus nicht auf dem strengen Recht, sondern auf dem aequum jus beruhte.

Der falsus procurator, der Vollmacht vorgiebt, und sie nicht hat, und der bloße negotiorum gestor deduciren nichts in judicium nach L. 27. pr. D. h. t. von Ulpian:

> ... sed haec ita si mandato domini procurator egit, ceterum si mandatum non est, cum neque in judicium quidquam perduxerit, nec tu ea comprobasti, quae invito te acta sunt, tibi non praejudicant [90]).

Das heißt wieder nicht, die litis contestatio ist null, der ganze Prozeß leer und nichtig. Sondern nur, das Recht des Dominus wird durch die litis contestatio des falsus procurator nicht berührt, nicht aufgehoben, dem Dominus steht bei der nochmaligen Klage die exceptio rei in judicium deductae oder rei judicatae nicht entgegen [91]). Natürlich; denn das Mandat ist es ja, was den Dominus dem Dritten gegenüber bindet.

Hauptparthey bindet, und umgekehrt der Intervenient, der statt den Prozeß zu übernehmen, die Hauptparthey ihn führen ließ, das Urtheil anerkennen muß. Denn in beiden Fällen ist der Eine mit dem Willen des Andern aufgetreten.

90) Vgl. L. 56. D. de judiciis oben S. 187. und L. 31. D. eod.

91) Vgl. L. 1. C. quib. res jud. non nocet (7, 56.) Alex. Si neque mandasti fratri tuo defensionem rei tuae, neque quod

Dasselbe muß von demjenigen gelten, der als Tutor oder Curator auftritt, ohne es wirklich zu seyn. Auch an dessen Prozeßführung ist der Pupill oder Curande nicht gebunden.

Wie war es nun mit der cautio de rato, nachdem diese freieren Grundsätze sich ausgebildet hatten? Sie war jetzt noch entschieden nothwendig, wenn ein negotiorum gestor für den Dominus auftrat, weil, wie eben gezeigt worden ist, der Dominus hier nicht gebunden war. Ein negotiorum gestor wurde aber für den Kläger nur in wenigen Fällen zugelassen [92]), wo er dann diese Caution geben mußte. Für den Beklagten zwar allgemein. Aber ein solcher Defensor giebt die Caution doch nur dann, wenn nach der Natur des Rechtsverhältnisses der Beklagte die Entscheidung des ersten Prozesses anfechten kann, und anzufechten ein Interesse hat, was verhältnißmäßig selten der Fall seyn wird [93]).

---

gestum est ratum habuisti, praescriptio rei judicatae tibi non oberit. Et ideo non prohiberis causam tuam agere, sine praejudicio rerum judicatarum. Ferner L. 40. §. 2. D. h. t. L. 10. C. eod. L. 44. §. 1. D. de judiciis. L. 25. §. 2. D. de ex. rei jud.

92) In den Fällen des s. g. mandatum praesumtum, wovon noch unten die Rede seyn wird.

93) So bei der actio in rem nach L. 40. §. 2. D. h. t. (Ulp.) Sed et is qui quasi defensor in rem actione convenitur, praeter solitam satisdationem judicatum solvi etiam de rato debet cavere. Quid enim si in hoc judicio rem meam esse pronuncietur, reversus ille cujus defensor exstiterat, velit fundum vindicare: nonne ratum non videbitur habere, quod judicatum est? denique si verus procurator exstitisset, vel ipse praesens causam suam egisset, et victus esset: si a me vindicaret, excep-

Hingegen dem verus procurator, dem Tutor und Curator mußte die Caution erlassen werden. Es war unnöthig, sie damit zu belästigen, da der Dominus ratihabiren muß. Vorausgesetzt natürlich, daß sich der Procurator durch den Beweis des Mandats, der Vormund durch den Beweis seiner Bestellung gehörig legitimiren kann. Bleibt hierüber noch eine Ungewißheit, so ist der Gegner doch gefährdet, weil die Prozeßführung des falsus procurator, falsus tutor oder curator, den Dominus nicht bindet. Dann kann doch die Caution mit Grund gefordert werden. So finden wir sie in den spätern Rechtsquellen. Dahin gehört L. 1. C. de procur.

> Cautio ratihabitionis tunc exigitur a procuratore, quoties incertum est, an ei negotium mandatum sit.

welche freilich als ein Rescript von Antoninus Pius, also aus einer Zeit, wo noch jeder Procurator diese Caution geben mußte, unmöglich ächt seyn kann. Vom Tutor und Curator sagt dasselbe Ulpian in L. 23. D. de adm. tut.:

> Vulgo observatur ne tutor caveat ratam rem pupillum habiturum: quia rem in judicium deducit. Quod tamen si dubitetur an tutor sit, vel an duret

---

tione rei judicatae summoveretur: et ita Julianus lib. 50. Dig. scribit: nam cum judicatur rem meam esse simul judicatur illius non esse. Die Berufung auf Julian macht es mir wahrscheinlich, daß auch diese Stelle zu den interpolirten gehört, und Ulpian cognitor statt verus procurator geschrieben habe. Andre Fälle dieser Art s. in L. 39. §. 6. 7. D. eod.

ret tutor, vel an gestus illi commissus sit? Aequum est adversarium non decipi. Idem et in curatore est, ut Julianus scripsit.

Was Gajus (IV. §. 99.) nur als ſelten eintretende Begünſtigung erwähnt (aliquando illis satisdatio remittitur) iſt hier bei Ulpian zur Regel geworden, daß dem Tutor und Curator die Caution erlaſſen wird [94]). Und zwar deshalb, weil er jetzt immer die Sache in judicium deducirt, d. h. weil der Mündel an die litis contestatio und res judicata gebunden iſt. Nur wenn es ungewiß iſt, ob er adminiſtrirender Vormund ſey, ſoll der Gegner nicht gefährdet werden, d. h. muß dieſem Sicherheit gegeben werden. Die Berufung auf Julian, zu deſſen Zeit noch das ältere Recht galt, könnte auffallen. Allein ſie iſt nur auf das Zuletztgeſagte zu beziehen, daß, wenn die Beſtellung des Vormundes nicht ganz gewiß ſey, die Caution ihm nicht erlaſſen werden könne; was um ſo mehr im älteren Recht gelten mußte, wo die Befreiung von der Caution nur eine außerordentliche Begünſtigung war.

Für den Procurator entſteht nun noch die Frage, wann ſeine Vollmacht als ganz gewiß zu betrachten ſey, oder auf welche Weiſe er ſich vollſtändig legitimiren und der Caution entgehen könne? Dieß war im Allgemeinen, wie jede zur Inſtruktion gehörige faktiſche Frage, der Beurtheilung des Prätors überlaſſen. Allein einiges Allgemeine enthalten hierüber die Quellen, und es iſt dieß ſelbſt für die geſchichtliche Fortbildung der ganzen Lehre von Einfluß ge-

94) Daſſelbe ſagt L. 13. C. de adm. tut.

wesen. Auch wird es uns auf einige Bemerkungen führen, wodurch der oben vorgetragene rechtliche Zusammenhang der Sache vervollständigt wird.

Zuvörderst ist hierbei zu berücksichtigen, daß das Mandat nicht eine vorübergehende Handlung, sondern ein dauerndes Verhältniß ist. Dessen Entstehung muß nicht nur gewiß seyn, sondern auch dessen Fortdauer, wenn der Procurator für vollständig legitimirt gelten soll. Es erlöscht aber bekanntlich auf verschiedene Weise. Hier interessirt uns indeß nur die Auflösung durch den Tod des Dominus, und durch Revocation. Zur vollständigen Legitimation des Procurators gehört hiernach auch die Gewißheit, daß der Dominus noch lebe [95]) und daß er das Mandat nicht revocirt habe. Mit der Revocation hat es aber noch eine eigne Bewandniß.

Wir nahmen früher an, das Mandat binde den Dominus auch der andern Parthey gegenüber. Ist dieß nun der Fall, begründet das Mandat nicht nur ein Verhältniß zwischen Mandans und Mandatar, sondern auch mit dem Gegner, so entsteht die Frage, ob durch die bloße Zurücknahme der Vollmacht auch dieß Verhältniß zum Gegner aufgelöst sey, oder ob diesem wenigstens Anzeige davon gemacht werden müsse, damit der Dominus ihm nicht mehr hafte [96])? Ich glaube, daß es hier auf einen Un-

---

95) Hierdurch ist überdieß die Gültigkeit des ganzen Prozesses bedingt. S. oben Note 38.

96) Ob der Dominus aus den Contracten seines Geschäftsführers Dritten hafte, die die Zurücknahme der Vollmacht nicht kannten, ist unter den praktischen Schriftstellern streitig. Vergl. Glücks Pand. Comm. XV. 2. S. 356. folg. Die Entscheidung

terschied ankommt, der schon oben berührt worden ist. Hat sich der Dominus dem Gegner speciell verpflichtet, die Handlungen seines Bevollmächtigten in dieser Sache anzuerkennen, hat er ihn ausdrücklich angewiesen, sich mit dem Procurator einzulassen, so ist dieß nach Art eines an den Gegner gerichteten Mandats zu behandeln. Der Dominus haftet ihm so lange, bis er diese Erklärung zurückgenommen, oder die Revocation der Vollmacht ihm angezeigt hat. So muß es bei dem Cognitor gewesen seyn, bei dessen Bestellung der Dominus sich dem Gegner durch einen förmlichen Vertrag verpflichtete. Dasselbe kann mit derselben Wirkung bei dem Procurator auf unförmliche Weise geschehen, durch die Erklärung an den Gegner, die Handlungen des Procurators ratihabiren zu wollen, oder auch nur durch die Anzeige der Bevollmächtigung, oder eine solenne Ertheilung der Vollmacht, mit der Absicht, den Gegner dadurch zur Einlassung zu vermögen [97]).

Ist aber zwischen dem Dominus und dem Gegner nichts der Art vorgegangen, so ist ihr Verhältniß loser, und die Aufhebung leichter. So insbesondre bei dem Generalbevollmächtigten eines Abwesenden. Hier hat der Do-

---

dieser Frage beruht auf demselben Princip, wie die Entscheidung unsres Falles. Doch kann diese Analogie hier nur angedeutet werden.

97) Aehnliche Fälle können auch bei Rechtsgeschäften vorkommen. Wenn der Dominus einem Geschäftsführer zur Abschließung eines Contracts specielle Vollmacht gegeben, und dem Gegner davon Anzeige gemacht hat, so muß er, wenn er nachher die Vollmacht zurücknimmt, auch davon den Gegner in Kenntniß setzen. Daß es auf die Anzeige der Revocation ankommen könne, darauf deutet auch sehr bestimmt L. 1. §. 2. D. quod jussu und L. 12. D. de SC. Maced., die gewöhnlich übersehen werden.

minus nur ganz im Allgemeinen erklärt, für die Handlungen seines Geschäftsführers einstehen zu wollen. Das allgemeine Vertrauen, das er ihm beweist, verpflichtet ihn auch den Dritten. Also genügt auch die Revocation des Mandats, die Abnahme der Geschäftsführung, um ihn von jeder Verantwortlichkeit gegen Dritte zu entbinden. Diese können nicht verlangen, daß ihnen specielle Anzeige von der Zurücknahme der Vollmacht gemacht werde. In der Regel wird dieß selbst unmöglich seyn, da der Dominus nicht wissen kann, mit welchen dritten Personen Verbindungen angeknüpft sind, ja nicht ahnen kann, daß der Geschäftsführer, nachdem ihm die Vollmacht genommen ist, unbefugt fortfahren werde, für ihn zu handeln. Man kann nicht einmal unter allen Umständen fordern, daß der Revocation des Mandats zur Sicherheit Dritter größere Publicität gegeben werde, als sie ohnedieß in der Regel erhält. Es ist Sache der Dritten, zu untersuchen, ob der, mit dem sie sich eingelassen, gehörig bevollmächtigt sey [98]).

---

98) Dasselbe muß wieder für die Contracte des Generalbevollmächtigten gelten. Dagegen beweist nichts, was L. 34. §. 3. L. 51. D. de solut. von der Zahlung sagen, denn die Liberation eines Schuldners wird natürlich eher angenommen, als die Verpflichtung des Dominus durch den Procurator, die überdieß schon eine Ausdehnung strenger Rechtsgrundsätze ist. Eben so wenig, was L. 11. §. 2—6. L. 17. §. 4. D. de inst. act. für die actio institoria sagen. Hier sind die Verhältnisse eigenthümlich. Die faktische praepositio ist es, wodurch der Dominus zu erkennen giebt, daß er dem institor vertraue, und für ihn einstehe. Beschränkt er seine Vollmacht, oder nimmt sie gar zurück, läßt ihn aber in demselben faktischen Verhältniß, so muß er natürlich dieser Beschränkung oder Revocation eine größere Publicität geben, damit nicht Dritte durch die fortdauernde praepositio getäuscht werden. Analoge Anwendung dieser Grundsätze

Für die Legitimation des Procurators und seine Cautionspflicht ergiebt sich hieraus folgendes Resultat. In Fällen der ersten Art ist der Gegner vor einer ihm unbekannten Zurücknahme der Vollmacht gesichert, und kann um dieser Gefahr willen, keine cautio de rato verlangen. In den Fällen der letzten Art aber muß er sie befürchten, und kann deshalb fordern, daß ihm durch jene Caution Sicherheit gegeben werde.

Die Fälle, die das Römische Recht als solche auszeichnet, wo das Mandat gewiß und die Caution überflüssig ist, sind nun näher zu betrachten, worin zugleich der Beweis für jene allgemeinen Sätze liegen wird.

Zuvörderst gehört dahin der procurator praesentis und apud acta factus.

Praesentis procurator ist, wie es das Wort selbst giebt und die Quellen bestätigen, der Anwalt einer Parthey, die am Gerichtsort gegenwärtig ist [99]). Die Gegenwart des Dominus allein macht indeß das Mandat noch nicht gewiß [100]). Wir müssen also noch etwas an-

---

ist indeß auch in andern Fällen möglich. Ist z. B. die ertheilte Procura durch Circular den Correspondenten angezeigt worden, so ist auch deren Zurücknahme ihnen bekannt zu machen.

99) L. 5. D. h. t. (Ulp.) Praesens habetur et qui in hortis est. L. 6. (Paul.) Et qui in foro, et qui in urbe, et in continentibus aedificiis. L. 7. (Ulp.) Et ideo procurator ejus praesenti (oder praesentis) esse videtur. vergl. Fragm. Vat. §. 333.

100) Man müßte denn sagen, die öffentliche Verhandlung der Sache könne dem Dominus nicht unbekannt bleiben; und wenn er das Auftreten des Procurators dulde, so sey dieß schon Mandat. Vgl. L. 60. D. de reg. juris. L. 18. D. L. 6. C. mandati. L. 63.

ders hinzudenken, was in der That so natürlich ist, daß es keiner ausdrücklichen Erwähnung bedurfte. Der Dominus wird nehmlich gewiß nicht versäumen, seinen Anwalt so vollständig als möglich zu legitimiren, um ihn von der lästigen Caution zu befreien. Ist er am Gerichtsort gegenwärtig, so kann er dieß aber sehr leicht, indem er die Bevollmächtigung dem Gegner anzeigt, und ihm dadurch vollständige Gewißheit darüber verschafft. Nur dieß ist es, was wir beim praesentis procurator als geschehen voraussetzen müssen. Es konnte geschehen durch eine Privatanzeige, allenfalls vor Zeugen des Beweises halber, oder vor Gericht, durch persönliche Einführung seines Procurators im Gericht, eine Form, die später sehr gewöhnlich geworden zu seyn scheint [101]), und bei welcher die Gegenwart der andern Parthey nicht einmal unbedingt nothwendig war. Denn durch die dem Richter gemachte Anzeige erhielt auch sie allemal die authentische Kunde davon.

Auf die eine oder andre Weise war die einmalige Bevollmächtigung für den Gegner vollständig gewiß. Aber auch für die Fortdauer des Mandats hatte der Gegner unter diesen Umständen die vollste Gewähr. Denn der Tod des Dominus konnte ihm nicht unbekannt bleiben. Die Zurücknahme der Vollmacht aber mußte ihm aus den oben entwickelten Gründen angezeigt werden. Die cautio de rato war also in diesem Falle überflüssig, und wurde dem praesentis procurator allgemein erlassen, welcher

---

D. de re judicata. Allein hier wäre auf alle Weise das Mandat nur wahrscheinlich.

101) §. 3. 4. Inst. de satisdat.

hierin und bald auch in andern Beziehungen dem Cognitor gleichstand.

In der That ist dieser praesentis procurator nichts andres als der Cognitor, entkleidet von der Förmlichkeit des alten Civilrechts. Und es war dem allmähligen Entwicklungsgang des Römischen Rechts ganz gemäß, daß man von den Procuratoren zuerst diesen dem Cognitor gleichstellte, d. h. annahm, wenn auch an der Förmlichkeit etwas fehle, wenn nur das Wesen der Sache vorhanden sey, müsse die rechtliche Folge dieselbe seyn. Bei Gajus ist hiervon noch keine Spur zu finden. Zu Papinians Zeit hatte das Recht diesen Entwicklungspunkt erreicht, wie wir aus Fragm. Vat. §. 331. ersehen [102]), worin es heißt:

— praesentis procuratorem pro cognitore placuit haberi —

Im Codex Theodosianus erscheinen der praesentis procurator und Cognitor in demselben Verhältniß neben einander [103]). Später ist die förmliche Bestellung des Cognitors ganz abgekommen, und der praesentis procurator an seine Stelle getreten. So in der Westgothischen und in Justinians Compilation, wo in vielen Stellen praesentis procurator statt cognitor interpolirt ist. Nach dem Rechte beider Compilationen wird der praesentis

---

102) Daß die Stelle von Papinian ist, macht der Zusammenhang mit §. 332., die sich in L. 67. D. de proc. wiederfindet, höchst wahrscheinlich.

103) In L. 7. C. Th. de cogn. et proc. von Theodos und Valentinian. Wenn nicht vielleicht schon hier cognitor und praesentis procurator nur verschiedene Namen für dasselbe sind.

procurator durch Erklärung des Dominus vor Gericht bestellt [104]).

Dem procurator praesentis steht gleich der procurator apud acta factus. Ursprünglich wird darunter ein Anwalt verstanden, dessen Bevollmächtigung von dem Dominus vor dem Gericht der Hauptsache zu Protokoll erklärt wird. Er ist ein praesentis procurator im oben bestimmten Sinn, wo der Beweis der Vollmacht durch das gerichtliche Protocoll noch mehr gesichert ist. Später aber scheint darunter auch ein procurator absentis verstanden zu werden, dessen Bevollmächtigung vor irgend einer richterlichen Behörde zu Protokoll erklärt, und dann durch eine vom Procurator im Gericht der Hauptsache producirte beglaubigte Abschrift vollständig bewiesen ist, wie es auch bei uns zu geschehen pflegt. Ob zur Zeit der classischen Juristen diese Art der Bevollmächtigung üblich war, lasse ich dahin gestellt [105]). Zu Justinians Zeit kommt sie bestimmt vor, und ein solcher procurator apud acta factus wird dann dem procurator praesentis nur verglichen und darin gleichgestellt, daß er keine cautio de rato zu geben braucht. Mit Recht; denn auch hier ist die Bevollmächtigung selbst

---

104) Daher die unrichtige Erklärung von Cognitor in der Interpr. L. 7. C. Th. de cogn. Cognitor est, cui ... causam suam agendem praesens praesente judice litigator injungit. Für das Justinianische Recht ist Hauptstelle §. 3—5. Inst. de satisdat.

105) Paul. sent. rec. I. 3. §. 1. spricht von der Bestellung eines Procurators apud acta im Allgemeinen, aber es hindert uns nichts, darunter eine Erklärung vor dem Richter der Hauptsache, wie in Fr. Vat. §. 317. zu verstehen. Was der Vf. der Consultatio c. 3. darüber sagt, ist nicht recht klar.

vollständig gewiß, und da sie der Dominus in der Absicht so solenn ausgestellt hat, damit der Gegner ihr folgen und sich mit dem Procurator einlassen möge, so muß diesem von der Zurücknahme Anzeige gemacht werden. Nur der Tod kann allerdings dem Gegner unbekannt bleiben, allein dieser verhältnißmäßig selten eintretende Fall, daß der Dominus zwischen der Ertheilung der Vollmacht und der litis contestatio stirbt, konnte übersehen, oder jeder Nachtheil dadurch verhütet werden, daß die Vollmacht auf die Erben mit gerichtet wurde.

Alles bisher vom procurator praesentis und apud acta factus Gesagte ist nun zu beweisen. Für das ältere Recht sind folgende Stellen besonders wichtig:

1) Fragm. Vat. §. 317. [106]) *Apud acta facto* procuratori haec satisdatio remitti solet, nam cum apud acta non nisi a praesente domino constituatur, cognitoris loco intelligendus est.

Der procurator apud acta factus ist hier offenbar ein solcher, dessen Bevollmächtigung vom Dominus vor dem Gericht der Hauptsache zu Protokoll erklärt ist. Daher ist er ein praesentis procurator, und deshalb dem Cognitor gleichzustellen, nehmlich darin, daß ihm die satisdatio, d. i. die cautio de rato erlassen wird.

2) Fragm. Vat. §. 333. Lib. XV. R. [107])

---

106) Der Vf. ist ungewiß. Da aber in der ganzen Sammlung nur Stellen von Papinian, Ulpian und Paulus mit Sicherheit nachgewiesen werden können, so dürfen wir einen von diesen für den Verfasser der Stelle halten, was auch der Inhalt bestätigt. Die ersten Worte ergänze ich mit Rücksicht auf den Zusammenhang.

107) Wahrscheinlich Papinianus lib. XV. responsorum.

Absentis procuratorem satisdare debere de rato habendo responsum est. multis enim casibus ignorantibus nobis mandatum solvi potest, vel morte vel revocato mandato. cum autem certum est, mandatum perseverare, id est cum praesens est dominus, *satis*dationis necessitas cessat.

Diese Stelle ist besonders für den innern Zusammenhang der Sache merkwürdig und beweisend. Dem procurator praesentis wird die Caution erlassen 1) weil die Ertheilung des Mandats durch die Anzeige des Dominus gewiß ist, 2) der Tod dem Gegner nicht unbekannt bleiben kann, die Revocation demselben angezeigt werden muß. Beim procurator absentis hingegen ist der Gegner, wenn er auch an der Vollmacht selbst nicht zweifelt, wegen deren Erlöschung nicht gesichert, daher die Caution nothwendig. Unter dem procurator absentis haben wir aber nach dem Frühergesagten vorzugsweise den Generalbevollmächtigten eines Abwesenden zu verstehen.

3) L. un. C. de satisdando (2, 57.) Diocl. et Max. a. 294.

Non est incerti juris, eum, qui apud acta factus est agentis procurator, non compelli ratam rem dominum habiturum satisdare: hoc enim casu veluti praesentis procuratorem intervenire intelligendum est. Itaque etsi postea mutata voluntate procuratorem esse noluerit, tamen judicium,

---

Wenigstens sind die vorhergehenden Stellen mit ähnlicher Ueberschrift von Papinian, wie es die Vergleichung mit L. 67. D. de proc. ergiebt.

quo quasi procurator expertus est, judex ratum habere debet.

Es ist mir wahrscheinlich, daß die Stelle interpolirt sey, und daß es ursprünglich: hoc enim casu veluti cognitorem, und: judicium quo quasi-cognitor geheißen habe. Nehmen wir dieß an, so ist der Zusammenhang ein ganz ähnlicher wie in Fragm. Vat. §. 317., nehmlich folgender. Der procurator apud acta factus, d. h. der durch Erklärung zu Protokoll vor dem Richter der Hauptsache bestellt, und also wirklich ein praesentis procurator ist, wird nicht genöthigt cautio de rato zu geben, denn er ist so gut wie ein Cognitor. Daher, obgleich der Dominus nachher die Vollmacht wieder zurückgenommen hat, der Prozeß in welchem ein Quasicognitor aufgetreten ist, aufrecht erhalten werden muß, d. h. die einseitige Revocation des Mandats entbindet hier den Dominus so wenig wie beim Cognitor von der Verpflichtung den Prozeß anzuerkennen. Nicht als wenn er die Vollmacht gar nicht mehr zurücknehmen könnte, sondern er muß sie nur dem Gegner bekannt machen. Auf diese Weise liegt in dieser Stelle der Beweis für unsre Behauptung, daß bei dem Cognitor und ebenso bei dem praesentis procurator die Revocation des Mandats den Dominus nur dann liberire, wenn er sie dem Gegner anzeigt.

Sehen wir die Stelle nicht für interpolirt an, oder betrachten sie rein vom Standpunkt des Justinianischen Rechts, so giebt sie im Wesentlichen denselben Sinn. Procurator apud acta factus ist dann ein procurator absentis, dessen Vollmacht nur durch ein gerichtliches Instrument bewiesen ist. Dieser ist dem procurator prae-

sentis gleichzuachten, und mit Caution nicht zu beläſtigen. Denn auch hier iſt die Ertheilung und Fortdauer des Mandats gewiß. Denn die Revocation deſſelben muß auch hier dem Gegner angezeigt werden, wenn ſie den Dominus liberiren ſoll.

4) §. 3. Inst. de satisdat. (4, 11.)

Sin autem per procuratorem lis vel infertur vel suscipitur: in actoris quidem personam, si non mandatum actis insinuatum est, vel praesens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum satisdationem procurator dare compellitur.

Hier treten die beiden Fälle des procurator praesentis und procurator apud acta factus im neuern Sinn noch beſtimmter aus einander, beſonders wenn man Theophilus Paraphraſe damit vergleicht, in den Worten:

εἰ μη ἀρα ἡ μανδατον ἐπιδειξη γενομενον εἰς αὐτον ὑπο τυ δεσποτυ, ἐπι πραξεως ὑπομνηματων ἐμφανιθεν, ἡ παρων ὁ δεσποτης της δικης ἐν τῳ δικαστηριῳ το τυ προκυρατωρος ἐβεβαιωσε προσωπον, εἰπων· ὁτι τυτον ἐγω προεβαλομην.

Der procurator apud acta factus iſt der, der ſeine Vollmacht durch Production eines gerichtlichen Inſtrumentes beweiſt; praesentis procurator derjenige, deſſen Dominus perſönlich im Gericht erſcheint und mündlich erklärt, daß er dieſen bevollmächtigt habe. Beiden wird die Caution erlaſſen, in allen übrigen Fällen wird ſie gefordert.

Doch kennt das ältere und das Juſtinianiſche Recht

noch andre Fälle, außer den zwei genannten, wo gleichfalls die Caution erlassen wird. Dahin gehört der Fall der L. 21. D. ratam rem haberi von Ulpian:

Ne satisdatio ratam rem dominum habiturum exigatur in his, quae nomine ejus ageret, qui eum se fecisse procuratorem libello Principi dato professus est, prodest.

Es ist hier von einer durch Bittschrift beim Kaiser anhängig gemachten Rechtssache die Rede. Wenn die Parthey in ihrer Eingabe an den Kaiser erklärt, daß sie eine bestimmte Person zur Betreibung ihrer Sache bevollmächtigt habe, so wird von diesem Procurator keine cautio de rato gefordert. Natürlich; denn die Erklärung an den Kaiser kann nicht weniger wirken, als eine Erklärung zu gerichtlichem Protokoll. Auch hier ist das Mandat vollständig gewiß und Revocation sicher nur mit Vorwissen des Gegners möglich, der mit Recht dieser solennen Bevollmächtigung folgen kann, bis die Zurücknahme ihm bekannt gemacht ist.

Besonders merkwürdig aber ist der Fall, den Modestin in L. 65. D. de procur. erwähnt:

Si procuratorem absentem [108]) dominus satisdatione relevare velit, literas suas ad adversarium dirigere debebit, quibus significat, quem adversus eum procuratorem, et in qua causa fecerit, ratumque se habiturum, quod cum eo actum sit: hoc enim casu literis ejus approbatis velut praesentis

---

108) Verständlicher wäre absens.

procuratorem [109]) intervenire intelligendum est. Itaque etsi postea mutata voluntate, procuratorem esse noluerit, tamen judicium, quo quasi procurator [110]) expertus est, ratum esse debet.

Es wird hier vorausgesetzt, daß der Dominus von dem Ort des Prozesses entfernt sey, sein Anwalt aber sich daselbst befinde, und es fragt sich, wie er diesen von der Caution befreien könne. Zum Cognitor kann er ihn aus der Ferne nicht machen. Dieß kann nur der gegenwärtige Dominus. Es steht ihm aber noch ein anderer Weg offen, auf dem er dasselbe erreicht. Er zeigt dem Gegner in einem Briefe die Bestellung des Procurators an, und verspricht dessen Handlungen anzuerkennen. Hierdurch ist der Anwalt gleichsam ein Cognitor oder praesentis procurator geworden. Denn das Mandat, welches den Dominus bindet, ist für den Gegner gewiß. Ja er hat sich diesem, wie bei der Bestellung des Cognitors, nur durch eine unförmliche Erklärung, verpflichtet, die Prozeßführung des Anwalts zu ratihabiren. Hierdurch ist der Gegner auch gegen einseitige Revocation des Mandats gesichert. Auch den Tod des Dominus, von dem er so eben einen Brief erhalten, braucht er nicht zu befürchten. Also kann dem Procurator die cautio de rato erlassen werden. Diese Stelle giebt auch über das Verhältniß des Cognitors viel Licht, und bestätigt die oben vorgetragne Behauptung, daß

---

109) Auch hier kann es ursprünglich cognitorem geheißen haben.

110) Quasi-cognitor. Die fast wörtliche Uebereinstimmung dieser zweiten Hälfte mit L. un. C. de satisdando ist kein hinreichender Beweis für die Unächtheit der einen oder andern Stelle.

der Dominus an die Handlungen seines Anwalts überall nur deshalb gebunden sey, weil er sich dem Gegner verpflichtet habe, sie anzuerkennen. Auch liegt in dieser Stelle der entscheidenste Beweis für die allgemeinen Grundsätze über die Zurücknahme der Vollmacht, die oben vorgekommen sind.

Ich fasse das bisher über den simplen Procurator Gesagte noch einmal zusammen. Die Frage war, ob der Dominus durch die litis contestatio und die gesammte Prozeßführung des Procurators gebunden, seine nochmalige Klage durch die exceptio rei in judicium deductae vel rei judicatae ausgeschlossen sey? Für das ältere Recht mußte diese Frage allgemein verneint werden; es hing von der Willkühr des Dominus ab, ob er den Prozeß ratihabiren wollte. Deshalb mußte der Procurator dem Gegner allgemein satisdatio ratam rem dominum habiturum geben. Und dieß galt noch zu Gajus Zeit. Zur Zeit des Papinian, Ulpian und Paulus hatte sich das Recht geändert. Das Mandat bindet nun den Dominus auch der andern Parthey gegenüber; er ist daher verpflichtet, die Prozeßführung des verus procurator zu ratihabiren, nicht die des falsus procurator und negotiorum gestor. Die cautio de rato ist daher nur dann nöthig, wenn das Mandat nicht vollständig bewiesen werden kann, oder nicht einmal behauptet wird. Ist es gewiß, so wird die Caution erlassen. Dieß galt besonders beim procurator praesentis, apud acta factus und in einigen andern verwandten Fällen, in welchen deshalb der Procurator in dieser und andern Beziehungen dem Cognitor gleichgestellt wurde.

Ehe ich weiter gehe, füge ich dem Gesagten nur noch die Bemerkung hinzu, daß dieß neuere Recht auch bei dem procurator in rem suam gegolten haben müsse. War wirklich das Mandat oder die Cession vorgekommen, auch ohne förmliche Bestellung zum Cognitor, so war durch die litis contestatio des Cessionars die Klage des Cedens ausgeschlossen [111]). In den meisten Fällen mußte freilich auch vor der litis contestatio der Cedens in der Concurrenz mit dem Cessionar zurücktreten, weil dieser letzte in eignem Namen die actio utilis, also ein vollständig erworbnes Recht zur Geltendmachung der Fordrung hatte [112]). Ob, wenn das Mandat oder die Cession nicht vollständig gewiß war, der Cedens gegen cautio de rato zugelassen wurde, lassen die Quellen unentschieden. Die Analogie des gewöhnlichen Procurators führt darauf, und allgemeinere Grundsätze machen es nicht unwahrscheinlich [113]).

Ich komme nun zu der zweiten Frage, welche in Beziehung auf den Procurator oben aufgeworfen wurde, ob die litis contestatio und gesammte Prozeßführung desselben zu Gunsten des Dominus wirke, ob dieser sich gegen die andre Parthey darauf berufen, die exceptio rei in judicium deductae vel rei judicatae ihr entgegensetzen könne?

Man könnte denken, diese Frage sey wenigstens für das ältere Recht zu verneinen; da der Dominus durch die litis

---

111) L. 3. C. de novat. Fragm. Vat. §. 263.

112) L. 55. D. de procur.

113) S. die Abhandlung über die Legitimation zur Sache, S. 90. 120.

litis contestatio des Procurators nicht verpflichtet wurde, so habe sie ihm auch kein Recht geben können. Allein untersuchen wir die Sache näher, so können wir in der That nicht zweifeln, daß von jeher, seitdem man überhaupt andre Repräsentanten neben dem Cognitor im Prozeß zuließ, deren Prozeßführung zu Gunsten des Dominus gewirkt haben müsse. Wie hätte sonst eine Parthey daran denken können, einen Procurator für sich auftreten zu lassen, was hätte diesen bewegen können, die Mühe und Gefahr des Prozesses zu übernehmen, wenn dem Dominus daraus kein Vortheil erwachsen wäre. Denn es gab kein Mittel, die unvollständige Wirkung der Prozeßhandlungen in dieser Beziehung zu ergänzen, wie in Rücksicht der Verbindlichkeit durch die cautio de rato. Wir müssen also annehmen, daß von früher her für Recht und Verbindlichkeit Verschiednes gegolten habe. Sehen wir auf andre Analogien, so ist dieß allerdings auffallend. Beim pactum de non petendo z. B., welches durch einen Procurator geschlossen ist, wird Recht und Verbindlichkeit nach ganz gleichen Grundsätzen beurtheilt. Der Dominus haftet aus dem Pactum seines Procurators, und kann sich darauf berufen, beides freilich nur vermittelst der exceptio doli [114]). In andern Fällen wird beides selbst als nothwendig zusammenhängend betrachtet [115]). Nach diesen Analogien wird es wenigstens noch auffallender, daß man nicht schon

---

114) L. 10. §. 2. L. 11. L. 12. D. de pactis.

115) L. 13. §. 25. D. de act. empti ... cum domino ex empto agi posse utili actione, ad exemplum institoriae actionis ...; ergo et per contrarium dicendum est, utilem ex empto actionem domino competere.

im ältern Recht den Dominus für gebunden erklärte. Allein ich glaube, daß dieses Bedenken auf folgende Weise gehoben werden könne.

Wir müssen auch hier davon ausgehen, daß die litis contestatio, als obligatorische Handlung, zunächst nur demjenigen ein Recht gebe, der sie vorgenommen hat, das ist dem Procurator. Diesem ist der Gegner hauptsächlich verpflichtet. Diese Forderung kann auch nicht unmittelbar durch ihn auf den Dominus übergehen; eine solche direkte Repräsentation widerstreitet dem allgemeinen Princip. Soll also der Dominus sich gegen die andre Parthey auf diese litis contestatio berufen können, so muß auch hier ein unmittelbares Verhältniß des Dominus zum Gegner statt finden. Und dieß ist nur so möglich, daß wir sagen, der Gegner welcher sich mit dem Procurator einläßt, deducire hierdurch auch dem Dominus gegenüber die Sache in judicium, verpflichte sich dadurch auch diesem, sich dem Ausgang des Prozesses zu unterwerfen, und dieselbe Sache nicht noch einmal durch Klage zu verfolgen. Dasselbe hätte man freilich schon im ältern Recht auch von dem Mandate sagen können. Der Dominus, der dem Procurator Auftrag ertheilt, seine Sache zu führen, verpflichte sich dadurch auch dem Gegner, den Ausgang des Prozesses anzuerkennen, und nicht noch einmal zu klagen. Das Mandat und die litis contestatio sind beides obligatorische Handlungen. Warum wurde dieser eine Wirkung für Dritte beigelegt, während man sie jenem versagte? Mit der litis contestatio hat es wirklich noch eine besondere Bewandniß. Sie ist kein eigentlicher Contract, begründet keine rein privatrechtliche Obligation, deren Wirksamkeit sich

allerdings streng auf die Contrahenten beschränken muß, sondern sie ist eine gerichtliche Handlung, deren Oeffentlichkeit es möglich macht, ihr eine weitere Wirksamkeit beizulegen. So war es natürlich, daß man aus der litis contestatio schon früher dem Dominus ein Recht gab, während man die Berufung auf das Mandat dem Gegner erst viel später gestattete.

Hierzu kam außerdem ein bestimmtes praktisches Bedürfniß. Denn ohne die Annahme dieses Grundsatzes wäre es ganz unmöglich gewesen, für einen Abwesenden einen Procurator oder Defensor, für einen Pupillen einen Tutor auftreten zu lassen. Und doch war dieß unumgänglich nothwendig, wenn diese Personen, besonders als Beklagte, nicht die größten Nachtheile erleiden sollten.

Das allgemeine Princip, welches fest gehalten werden muß, ist also dieß, daß Recht und Verbindlichkeit des Dominus aus der Prozeßführung des Repräsentanten nicht gleichen Schritt gehen. Im ältern Recht verpflichtete die Prozeßführung des Procurators, Tutors, Curators den Dominus oder Mündel durchaus nicht. Demungeachtet konnte er sie zu seinen Gunsten gelten lassen. Ebenso muß es im neueren Recht beim negotiorum gestor, falsus procurator, falsus tutor, curator seyn. Deren Handlungen binden den Dominus nicht, kommen ihm aber allemal, wenn er will, zu Gute. Nur muß er natürlich das Ganze ratihabiren, oder verwerfen. Ratihabirt er, was zu seinem Vortheil gereicht, so muß er auch anerkennen, was ihm nachtheilig ist. Diese allgemeinen Grundsätze sollen nun in der Anwendung auf beide Partheyen, den Kläger und den Beklagten, nachgewiesen werden, wo sie zwar auf gleiche

Weise gelten, aber sich doch noch auf eigenthümliche Weise gestalten.

1) Wenn für den Beklagten ein Procurator aufgetreten war, so war nach altem Recht der Dominus an seine Handlungen nicht gebunden. Nach neuerm Recht wenigstens dann nicht, wenn er bloß negotiorum gestor, oder wie dieser hier vorzugsweise heißt, defensor ist. Allein in beiden Fällen kann er sich gegen den Kläger darauf berufen, diesen namentlich, wenn er noch einmal klagt, mit der exceptio rei in judicium deductae vel rei judicatae zurückweisen. Man kann also sagen, daß der Repräsentant, indem er die Klage übernimmt, den Dominus liberire, insbesondere bei einer persönlichen Klage, wo man allemal annehmen kann, der Dominus werde ratihabiren, was nur zu seinem Vortheil gereicht. In der Regel freilich ist es nur eine Liberation per exceptionem; nur wo im alten Recht die litis contestatio die Forderung des Klägers vollständig aufhob, ipso jure, wie eine expromissio. Hierher gehört L. 23. D. de solut. von Pomponius, also aus der Zeit des Gajus, worin es heißt:

> Solutione vel judicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus.

Ein Dritter kann hiernach ohne unser Wissen, ja selbst gegen unsern Willen uns liberiren, indem er für uns zahlt, oder litem contestirt. Daß er uns überhaupt liberiren könne, ist Folge des allgemeinen Grundsatzes, daß jeder Dritte ohne unser Wissen und Willen unsere Lage besser machen kann. Daß er es aber auch durch litis contestatio könne, beweist daß der Dominus sich auf seine Handlungen berufen

kann, ohne daran gebunden zu seyn. Ja es wird die Ratihabition nicht einmal erwähnt, da es sich von selbst versteht, daß der Dominus seine Liberation genehmigen werde. Die Vergleichung mit der solutio und der Ausdruck liberari machen es wahrscheinlich, daß Pomponius vorzugsweise an den Fall gedacht habe, wo die Forderung des Klägers durch die litis contestatio ipso jure aufgehoben wurde. Im Justinianischen Recht kann es nur davon verstanden werden, daß der Beklagte gegen die nochmalige Klage durch die exceptio rei judicatae geschützt ist. Dasselbe sagt Papinian bei Ulpian in L. 10. §. 1 D. de in rem verso:

> Si filius quasi defensor patris judicium susceperit, et sit condemnatus, de in rem verso teneri patrem: namque filius eum judicio suscepto liberavit.

Der Zusammenhang der Stelle ist dieser [116]). Liberation des Vaters ist versio in rem, welche die actio de in rem verso begründete. Die Liberation geschieht aber auch dadurch, daß der Sohn als Defensor des Vaters für ihn litem contestirt. Auch hier ist wohl vorzugsweise an die Liberation ipso jure zu denken. Daß aber auch die exceptio rei in judicium deductae vel rei judicatae durch die litis contestatio des Defensors für den Dominus begründet sey, sagt Ulpian in L. 11. §. 7. D. de exc. rei jud.

> Hoc jure utimur, ut in persona actoris in exceptione rei judicatae hae personae continerentur,

---

116) Vgl. pr. §. 2. 3. ejusd. legis.

quae rem in judicium deducunt. Inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor ....; ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, rem in judicium deducit.

Die erste Hälfte der Stelle haben wir früher betrachtet. Sie sagt: gegen den Kläger könne die exceptio rei judicatae aus der Person derjenigen hergenommen werden, die die Sache auf eine für ihn verbindliche Weise in judicium deduciren konnten, und dahin gehören der verus procurator, der Tutor u. s. w. Denn an deren Handlungen ist der Dominus gebunden. Nun heißt es weiter: wenn aber davon die Rede sey, aus wessen Person der Beklagte diese Einrede für sich ableiten könne, so müsse auch der Defensor mitgezählt werden, auch aus dessen Person stehe sie ihm zu. Merkwürdig und unsere Ansicht bestätigend ist der Grund, der dafür angeführt wird: weil wer gegen einen Defensor klage, die Sache in judicium deducire. Er hat dadurch sein Recht zerstört, sich auch dem Beklagten gegenüber verpflichtet, dieselbe Klage nicht noch einmal anzustellen, deshalb steht ihm die exceptio rei in judicium deductae vel rei judicatae entgegen.

Da der Repräsentant des Beklagten durch die litis contestatio Schuldner wird, und jenen zugleich dadurch liberirt, so müssen wir die Uebernahme eines fremden Klagrechts, besonders einer actio in personam, privative Intercession nennen [117]), ohne Unterschied, ob der Repräsen-

---

117) Dafür gilt sie auch im Röm. Recht. S. z. B. L. 2. §. 5. L. 3. D. ad SC. Vell. Vorzugsweise jedoch beim defensor,

tant ein bloßer Anwalt, oder ein procurator in rem suam ist, d. h. hauptsächlich die Absicht hat zu intercediren. Daher auch eine expromissio oder Delegation durch litis contestatio geschehen konnte [118]).

2) Für den Kläger gilt im Wesentlichen dasselbe. Auch er kann sich auf die Prozeßführung seines Procurators berufen, dem Beklagten daraus die exceptio rei judicatae opponiren, wenn er auch nicht daran gebunden seyn sollte. Im ältern Recht galt dieß selbst beim verus procurator, später als das Mandat den Dominus binden sollte, wenigstens für den falsus procurator und negotiorum gestor. Doch muß der Dominus allemal das Ganze ratihabiren oder verwerfen, und die einmal erklärte Ratihabition bindet ihn an die Prozeßführung des Repräsentanten, gerade so, als hätte er diesen von vorne herein auf das vollständigste bevollmächtigt. Dieß drückt Ulpian in einer früher erklärten Stelle, L. 56 D. de judiciis, so aus:

> Si ratum dominus habuerit, videtur retro res in judicium deducta [119]).

Ueberall also wo für die eine Parthey ein bloßer negotiorum gestor aufgetreten ist, besteht zwischen den streitenden Theilen ein zweiseitiges obligatorisches Verhältniß,

---

weil bei diesem, selbst wenn er nur Anwalt ist, die actio judicati gegen den Dominus nicht gegeben wird, dieser also vollständig liberirt ist, während beim Procurator später eine Uebertragung der actio judicati statt fand.

118) L. 11. D. de novat. et delegat. (Ulp.) Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit. Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem.

119) S. außerdem L. 27. pr. D. de procur. L. 1. C. quib. res jud. non nocet. L. 25. §. 2. D. de exc. rei jud.

wodurch nur der Eine Theil gebunden ist, wie es auch bei obligatorischen Contracten vorkommt. Es beruht daher durchaus nicht auf einer singulären Begünstigung, wie Neuere wohl angenommen haben [120]), sondern ist nur eine Bestätigung der hier vorgetragenen Grundsätze, was Gordian in L. 14. C. de proc. für einen Fall dieser Art verfügt:

> Non eo minus sententia adversus te lata juris ratione subsistit, quod adversaria tua minor viginti quinque annis constituta causam suam marito sine curatore agendam mandavit. Minoribus enim aetas in damnis subvenire, non in rebus prospere gestis obesse consuevit.

Eine Minderjährige hatte ihrem Manne ohne den Consens ihres Curators die Führung einer Rechtssache übertragen. Dieß war ungültig, weil Minderjährige nur unter Mitwirkung ihres Vormundes einen Procurator bevollmächtigen können [121]). Der Mann hat also so gut wie ohne Vollmacht gehandelt. Was war nun die Folge? Nicht absolute Nullität des Prozesses, worauf auch der Gegner sich hätte berufen können, sondern nur daß die Minderjährige nicht gebunden war. Da der Prozeß aber einen günstigen Ausgang gehabt hatte, so hinderte sie nichts

---

120) Martin bürg. Prozeß §. 37. (35.) Note a.

121) L. 11. C. de procur. Ueberhaupt zu prozessualischen Handlungen war der consensus curatoris nothwendig. L. 1. §. 3. 4. D. L. 12. C. de adm. tut. L. 45. §. 2. D. de re jud. L. 2. C. qui legit. pers. Die auctoritas des Tutors bedurfte eine Frau zur Bestellung eines Procurators nicht. Fragm. Vat. §. 325—327. Wahrscheinlich aber zur Bestellung eines Cognitors, wenigstens im legitimum judicium. Vgl. Ulp. XI. 27.

zu ratihabiren. Der Grund welcher in dem Rescripte selbst für diese Entscheidung angeführt wird, ist freilich nicht recht passend, und konnte leicht verleiten, die Entscheidung als eine singuläre Begünstigung der Minderjährigen zu betrachten.

Absolute Nullität des Prozesses ist also niemals die unmittelbare Folge des Mangels der Vollmacht. Erst wenn der Dominus die Handlung des Anwalts nicht ratihabirt, wird nach heutigem Recht das ganze Verfahren wirkungslos. Nach römischem Recht kann man auch dieß nicht einmal sagen, da der Prozeß seine unmittelbare und Hauptwirkung nicht auf den Dominus, sondern auf den Procurator äußert, welche auch dann statt finden muß, wenn der Dominus nicht ratihabirt. Und hierin liegt der Grund weshalb nach römischem Recht häufig ein bloßer negotiorum gestor zugelassen wurde. Man war gewiß, daß der Prozeß Erfolg haben werde, wenn auch nicht für den Dominus, doch für den Repräsentanten. Während man heutzutage nur den Mandatar zuläßt, und in jedem Punkte des Prozesses seine Legitimation durch Production der Vollmacht verlangt, weil in deren Ermangelung zu befürchten ist, daß der Dominus nicht ratihabiren, und so die ganze gerichtliche Verhandlung erfolglos seyn werde. Doch bedarf, was für das römische Recht hier behauptet wird, noch einer näheren Bestimmung, und insbesondere die Frage, in welchen Fällen ein negotiorum gestor zugelassen wurde, ist hier um so mehr zu beantworten, da wir schon häufig Veranlassung hatten sie zu berühren, ohne näher darauf eingehen zu können.

Die Ungültigkeit oder Erfolglosigkeit des Prozesses war,

nach dem so eben Gesagten, kein entscheidender Grund den negotiorum gestor zurückzuweisen. Denn gültig ist der Prozeß allemal für den Repräsentanten, und deshalb auch nicht ganz erfolglos; und für den Dominus hatte er nach altem Recht selbst bei vorhandenem Mandate keine Wirkung. Entscheidend war bei dieser Frage das Interesse der Parthey, welche vertreten werden sollte. In beiden Beziehungen aber war die Lage des Klägers und des Beklagten wesentlich verschieden.

Für den Beklagten ließ man von jeher ganz allgemein einen bloßen negotiorum gestor zu, den eigentlichen Defensor, und zwar aus folgenden Gründen. Es sprach dafür schon der Umstand, daß hier in den meisten und wichtigsten Fällen nicht zu befürchten war, das Urtheil werde ganz erfolglos werden. Denn das absolutorische Urtheil wird der Dominus nicht anfechten. Das condemnatorische aber erzeugt eine Schuld für den Defensor, die dieser ohne Rücksicht auf die Ratihabition des Dominus erfüllen muß. In den Fällen aber wo in der That durch die Anfechtung des Dominus das frühere Urtheil aufgehoben werden konnte, beachtete man diese Gefahr nicht, sondern forderte nur zur Sicherung des Gegners cautio de rato vom Defensor [122]). Der entscheidende Grund für die Zulassung des Defensors war aber das Interesse des Beklagten. In den gewöhnlichen Fällen verliert dieser dadurch nichts, seine Lage wird dadurch nur besser; denn der Defensor wird Schuldner an seiner Statt und liberirt ihn.

---

122) Es ging dann mit dieser, wie es nachher für den Kläger gesagt werden wird.

Sollte er aber auch ein Interesse haben das Verfahren umzustoßen, wie z. B. bei der actio in rem [123]), so steht ihm dieß frei, und der Gegner ist durch die cautio de rato gesichert. Und bliebe doch noch ein faktischer Nachtheil für ihn, z. B. durch den Verlust des Besitzes, so wird diese Gefahr durch das dringende Bedürfniß der defensio für Abwesende aufgewogen [124]), die, wenn sie nicht vertreten werden, missio in possessionem, ja selbst bonorum venditio erleiden können.

Auch bei dem Kläger ist die erste Frage die, in wiefern der frühere Prozeß, wenn er ihn nicht ratihabirt, erfolglos werde, welche natürlich nur für den Fall des absolutorischen Urtheils in Betracht kommt. Allerdings wird dieses, wenn der Dominus dieselbe Klage noch einmal anstellt, indirekt vernichtet. Nur durch die cautio de rato wird die Sache wieder ins Gleiche gebracht. Der Beklagte wird, was er dem Kläger nun prästiren muß, als Interesse der nicht erfolgten Ratihabition vom Procurator fordern, und dieser wird seinen Regreß gegen den Dominus nehmen, wodurch dieser also wieder verlieren kann, was ihm die zweite Klage gewährte. Daher er, wenn er gegen diesen Regreß nicht geschützt ist, lieber ratihabiren wird. Auf allen Fall aber behauptet sich der Beklagte auf die angegebene Weise in dem früher errungenen Vortheil. Ganz erfolglos wird also auch hier der Prozeß

---

123) S. L. 40. §. 2. de procur.

124) L. 33. §. 2. D. de procur. (Ulp.) Publice utile est absentes a quibuscunque defendi. L. 1. D. de neg. gestis. L. 12. C. de procur.

nicht, und schon deshalb konnte auch ein bloßer negotiorum gestor zugelassen werden.

In wiefern nun wirklich einem negotiorum gestor gegen cautio de rato die Klage zu gestatten sey, darüber scheinen die ältern Juristen nicht einig gewesen zu seyn [125]). Und in der That sprach dafür außer dem so eben Angeführten, daß auch beim wirklichen Procurator der Dominus nicht gebunden war, daß das Mandat juristisch nichts wirkte, und deshalb entbehrt werden konnte. Das Interesse des Gegners war in beiden Fällen auf gleiche Weise durch die Caution gesichert. Allein die entgegengesetzte Meinung, nach welcher dem negotiorum gestor keine actio im Namen des Dominus gegeben wird, scheint doch schon damals die herrschende gewesen zu seyn [126]), und war allerdings durch überwiegende Gründe unterstützt. Das eigene Interesse des Klägers nehmlich verlangt, daß nur ein solcher zugelassen werde, dem er durch eine General- oder Specialvollmacht Vertrauen bewiesen hat, nicht irgend ein Dritter. Zwar wird man sagen: der Kläger

---

125) Gaj. IV. §. 84. Procurator ... ex solo mandato ... constituitur. quin etiam sunt qui putant vel eum procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum; igitur etsi non habeat mandatum, agere tamen posse, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est, et postea apud judicem ostenditur. Die letzten Worte enthalten nur ein Argument für diese Ansicht. Da häufig das Mandat erst im Verlauf des Prozesses gewiß wird, der Prätor also einen solchen zuläßt, dessen Vollmacht nicht vollständig bewiesen ist, so könne er auch einen solchen zulassen, der nur als negotiorum gestor auftrete.

126) L. 6. §. 12. (Julian.) L. 8. pr. (Ulp.) D. de negot. gestis. L. 5. §. 4. D. de praescr. verbis. (Paul.)

könne die glückliche Geschäftsführung für sich gelten lassen, die nachtheilige nicht anerkennen. Allein dann droht ihm der Regreß wegen der cautio de rato, dem er sich nur durch den Beweis, daß der negotiorum gestor nicht zu seinem Vortheil und nicht in seinem Sinne gehandelt habe, entziehen kann. Es wird ihm daher lieber seyn, wenn sich ein Dritter, den er nicht bevollmächtigt hat, in seine Rechtssache nicht gemischt hätte. Endlich, der Hauptgrund, es ist kein so dringendes Bedürfniß für die Vertretung des abwesenden Klägers, wie für den Beklagten. Es hängt von seiner Willkühr ab, wann er klagen will, und es kann ihm in der Regel gleichgültig seyn, ob die Sache jetzt oder später zur Sprache gebracht wird. Die einzige Gefahr ist die Verjährung der Klage, gegen welche ihn aber in integrum restitutio hinreichend schützt. Aus diesen Gründen wurde selbst im ältern Recht für den Kläger regelmäßig nur ein Mandatar zugelassen. Doch scheint es, daß man den vollständigen Beweis des Mandats gleich zu Anfang des Prozesses nicht forderte [127]). Später als der Dominus durch die Handlungen des verus procurator, nicht aber durch die eines negotiorum gestor verpflichtet werden sollte, was dies ein Grund mehr, nur jenem die Klage im Namen des Dominus zu geben. Und jetzt war auch der vollständige Beweis des Mandats bei der Instruction wichtig. Denn war er erbracht, so fiel die Caution weg; während man bei unvollständigem Beweis den Anwalt nur gegen Caution zuließ.

Nur in wenigen Fällen gab man ausnahmsweise auch

---

127) S. die Stelle des Gajus in Note 125.

einem bloßen negotiorum gestor die Klage, wo die Neuern nicht ganz richtig ein mandatum praesumtum annehmen. Nehmlich wenn den negotiorum gestor und den Dominus ein näheres persönliches Verhältniß oder gemeinschaftliches Interesse verbindet, wo das Interesse des Dominus weniger gefährdet ist, und angenommen werden kann, daß er, wenn er zugegen wäre, dieser Person gleiches Vertrauen schenken würde [128]). Dieß paßt also sehr gut zu den vorhin für die Regel vorgetragenen Gründen. Die cautio de rato mußte natürlich hier geleistet werden, da der Dominus durchaus nicht gebunden war.

Aus diesen Grundsätzen ergiebt sich auch, daß die Sache einen ganz andern Gang nehmen mußte, als in unserm heutigen Recht, wenn während des Prozesses ein Mangel in der Legitimation zu Tage kam, oder der Dominus selbst geradezu seine Mißbilligung des Geschehenen erklärte. Nach den Grundsätzen unsers heutigen Rechts droht in dem ersten Fall der ganze Prozeß ungültig und erfolglos zu werden, weshalb die Legitimation sofort beschafft werden muß; im zweiten wird er es wirklich und löst sich auf. Ganz anders muß es nach römischem Recht gewesen seyn. Ausdrückliche Zeugnisse dafür kenne ich freilich nicht.

Hat der Gegner sich einmal mit einem falsus procurator oder negotiorum gestor wissentlich oder aus Irrthum eingelassen, so ist das Judicium dessenungeachtet gültig constituirt, und er kann die Fortsetzung desselben nicht

---

128) Die Fälle s. in L. 35. pr. L. 41. L. 40. §. 4. D. de procur. L. 21. C. eod. L. 3. §. 3. D. judicatum solvi.

verweigern, wenn er sich nachher von seinem Irrthum überzeugt. Die exceptio falsi procuratoris kann also nach der litis contestatio nicht mehr opponirt werden [129]). Sicherheit giebt ihm nur die cautio de rato. Und hat er auch diese vor der Einlassung zu fordern versäumt, so ist dieß seine Schuld und sein Schaden [130]). Er muß es nun darauf ankommen lassen, ob der abwesende Dominus ratihabiren, oder noch einmal klagen werde, und kann in diesem letzten Fall wegen eines Verlustes nur mit allgemeinen Rechtsmitteln z. B. der actio doli, wenn sie begründet ist, an dem Procurator sich erholen.

Ist freilich der Dominus gegenwärtig und erklärt die Handlungen jenes falsus procurator oder negotiorum gestor nicht anerkennen zu wollen, so kann die Sache dadurch einen andern Gang nehmen.

Ist für den Kläger ein falsus procurator aufgetreten, so muß der Beklagte absolvirt werden [131]). Denn sobald der Dominus nicht ratihabirt, ist die cautio de rato committirt, aus welcher der Procurator verpflichtet ist dem Gegner jeden Schaden zu ersetzen, um wie viel mehr die Sache gar nicht weiter gegen ihn fortzusetzen. Und selbst abgesehen von dieser Caution schützt den Beklagten die exceptio doli, weil dasselbe zweimal von ihm gefordert wird. Das Judicium wird sich also auflösen, und

---

129) Abgesehen vom Dolus des falsus procurator, denn dieser begründete die exceptio doli gegen ihn. S. oben Note 44.

130) L. 40. §. 3. D. de procur. Hierin liegt eine indirekte Bestätigung dieses ganzen Zusammenhanges.

131) Eine Absolution ist nothwendig, denn das Verfahren ist keineswegs nichtig.

der Dominus einen neuen Prozeß beginnen. Dem Erfolge nach ist es also dann so gut, als wäre das Judicium null.

Anders ist es wenn für den Beklagten ein Defensor aufgetreten ist, und der Dominus während des Prozesses nicht ratihabirt, z. B. weil der Defensor durch Geständnisse oder auf andere Weise seine Sache in eine üble Lage gebracht hat. Dem Kläger muß hier daran liegen, die Sache mit dem Defensor fortzusetzen. Und ich zweifle nicht daran, daß er dazu befugt war. Denn der Defensor ist ja schon durch die litis contestatio an der Stelle des Beklagten Schuldner geworden, und kann sich dieser Verbindlichkeit nicht mehr entziehen. Es ist dann sein Schaden, wenn der Dominus die Erstattung dessen, was er für ihn leisten mußte, um seiner Culpa willen verweigert. [132]). Häufig wird freilich die Sache faktisch eine solche Wendung nehmen, daß der Kläger doch vorziehen muß, die Klage gegen den Defensor fallen zu lassen und einen neuen Prozeß gegen den Dominus anzufangen. Namentlich wenn das Objekt der Klage, z. B. bei der actio in rem, in die Hände des Dominus kommt.

Diesen aus dem allgemeinen Zusammenhang entwikkelten Grundsätzen scheint indeß eine einzelne Stelle zu widersprechen, L. 24. C. de procur. von Gratian, Valentinian und Theodos vom Jahr 382 [133]).

Li-

---

132) Es zeigt sich also auch hier, daß beim Defensor der Erfolg des Prozesses gewisser ist, als wenn für den Kläger ein negotiorum gestor auftritt.

133) Im Codex Theodosianus ist es L. 3. de cogn. et proc. welche so lautet: In principio quaestionis persona debet inquiri,

Licet in principio quaestionis persona debeat inquiri procuratoris, an ad agendum negotium, mandatum a domino litis habeat: si tamen falsus procurator inveniatur, nec dici controversiae solent, nec potest esse judicium.

Allein entweder sie bezieht sich auf die oben bezeichneten Fälle, wo der Beklagte absolvirt werden muß, weil es dem Anwalt des Klägers an Vollmacht fehlt, oder wir müssen annehmen, daß man in dieser spätern Zeit den künstlichen Zusammenhang der ältern Theorie nicht mehr verstanden und deshalb bei dem Mangel des Mandats Nullität des Prozesses angenommen habe; was indeß doch nur auf den Anwalt des Klägers bezogen werden kann.

Es ist nun noch die letzte Frage in Beziehung auf den Procurator zu untersuchen, wie es mit der actio judicati sey? Daß diese aus dem condemnatorischen Urtheil entstehende Forderung und Klage zunächst nur für die Procuratoren, auf welche das Urtheil gerichtet wurde, vorhanden seyn könne, ist nach dem früher Gesagten klar. Es fragt sich nur, wie man auch in dieser Beziehung indirekt den Erfolg des Prozesses auf den Kläger und Beklagten zurückbezogen habe, wenn jene Repräsentanten nicht procuratores in rem suam, sondern bloße Geschäftsführer waren. Auch hier hat das römische Recht einen ähn-

---

et utrum ad agendum negotium mandato utatur accepto. Quibus rite et solenniter constitutis potest esse sententia: praeteritis autem his, nec dici controversiae solent, nec potest esse judicium. In ähnlicher Weise erklärt sich mit Beziehung auf diese Stelle der Vf. der Consultatio c. 3.

lichen Entwickelungsgang genommen, wie bei der exceptio rei judicatae. Ursprünglich bildete der simple Procurator mit dem Cognitor einen entschiednen Gegensatz, allmählig ist er ihm immer näher gerückt, und endlich ganz an seine Stelle getreten.

Während bei dem Cognitor die actio judicati durch den Prätor nach allgemeiner Vorschrift des Ediktes auf den Dominus aktiv und passiv übertragen wurde, so sagt dieselbe Stelle, die uns jenes berichtet, nach dem Edictum perpetuum geschehe dieß beim Procurator nicht. Es ist die oben S. 177. angeführte, Fragm. Vat. §. 317.

Interveniente procuratore judicati actio ex Edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit.

Dieß ist das alte Recht. Der weitere Verlauf der Sache war dann dieser. Was der Procurator des Klägers mit der actio judicati vom Beklagten erhält, muß er als einen in den Geschäften des Dominus gemachten Gewinn im mandati judicium diesem herausgeben [134]). Ebenso wird der Procurator oder Defensor des Beklagten, wenn er mit der actio judicati belangt das Judicatum geleistet hat, dieß als einen für den Herrn gemachten Aufwand mit der actio mandati oder negotiorum gestorum contraria von ihm wiederfordern [135]).

Gewiß schon früh ging man einen Schritt weiter. Schon die actio judicati selbst, die dem Procurator des Klägers zusteht, ist ein in den Geschäften des Dominus

---

134) L. 46. §. 4. D. h. t.

135) L. 46. §. 5. L. 31. pr. D. h. t.

erworbenes Recht, dessen Herausgabe dieser so gut wie die Restitution körperlicher Sachen fordern kann. Er wird also mit der actio mandati directa die Cession dieser Klage verlangen [136]). Und da jeder Geschäftsführer mit der actio contraria nicht bloß den Ersatz der impensae, sondern auch die Abnahme aller für den Dominus contrahirten Verbindlichkeiten fordern kann, so wird auch der Anwalt des Beklagten diesen nöthigen, die actio judicati zu übernehmen [137]).

Endlich der letzte Schritt geschah in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen, die man bei Contrakten der Stellvertreter annahm, dadurch, daß man die actio judicati als actio utilis aktiv und passiv auf den Dominus übertrug [138]). Indeß ist man zu diesem freieren Grundsatz nicht mit einemmal gekommen, und hat ihn zu allen Zeiten nur mit gewissen Beschränkungen zugelassen.

Das dringendste Bedürfniß war wohl bei den Tutoren und Curatoren, daher man bei diesen gewiß am frühesten und im größten Umfang Fordrung und Verbindlichkeit durch actiones utiles auf den Mündel übertragen hat. Und so wird nach dem Recht der classischen Zeit

---

136) Vgl. L. 8. §. ult. L. 45. pr. §. 5. D. mandati. L. 49. §. 2. D. de acq. poss.

137) L. 45. pr. §. 1—5. D. mandati.

138) Die allgemeinen Grundsätze dieser actiones utiles, wie sie auch bei Contracten der Stellvertreter vorkommen, können hier nicht vorgetragen werden. Ich bemerke nur, daß die actio utilis des Gläubigers die Stelle der erzwungnen Cession vertritt, die actio utilis gegen den Schuldner aber auf der Analogie der actio exercitoria und institoria und verwandten allgemeinen Principien beruht. Vgl. auch Mühlenbruch Cession §. 14.

auch die actio judicati, nach beendigter Vormundschaft, als actio utilis activ und passiv auf den Mündel übertragen. Der Verbindlichkeit kann er sich indeß nur dann ganz entziehen, wenn er nothgedrungen für den Pupillen aufgetreten ist. Denn in der Regel soll er diesen ja selbst handeln lassen, und nur auctor dazu werden [139]).

Unter den Procuratoren wurde zuerst der praesentis procurator auch in dieser Beziehung dem Cognitor gleichgestellt, während man für den procurator absentis das ältere strenge Recht festhielt. Hierher gehört Frag. Vat. §. 331. 332. wahrscheinlich aus Papinians Lib. II. responsorum [140]);

Quoniam praesentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino causa cognita dabitur et in eum judicati actio.

Procurator absentis, qui pro domino vinculum obligatonis suscepit, onus ejus frustra recusat: et ideo nec judicati actio post condemnatum procuratorem in dominum datur, aut procuratori, qui vicit, denegatur.

Bemerkenswerth ist hier, daß beim praesentis procurator die actio judicati nur causa cognita auf den Dominus übertragen wird, also nicht nach allgemeiner Vorschrift des Ediktes, wie beim Cognitor, sondern durch specielle Verfügung im einzelnen Fall. So reimt sich diese Stelle sehr wohl mit der vorhin angeführten Fr. Vat.

---

139) L. 2. pr. D. L. 6. C. de adm. tut. L. 5. pr. L. 6. L. 7. D. quando ex facto tut. L. 1. C. eod. L. 4. §. 1. D. de re jud.

140) Vgl. §. 328. und L. 67. D. de procur.

§. 317. Ferner, daß Papinian beim procurator absentis diese Uebertragung der actio judicati noch ganz entschieden leugnet.

Für den procurator praesentis sagt dasselbe nur ohne jene Beschränkung L. 7. C. Th. de cognit. et proc. von Theodos und Valentinian:

... cum manifestum sit, si cognitor vel praesentis procurator, usus fuerit in judicio prosperiore fortuna, vel eadem reclamante devictus, judicati actionem sine ulla cunctatione in dominum dari vel domino.

Der praesentis procurator wird hier dem Cognitor ganz gleich gestellt, von causae cognitio ist auch bei ihm nicht mehr die Rede, die Uebertragung soll sine ulla cunctatione geschehn [141]).

Vielleicht ist auch der actor municipum früher als andre Procuratoren auf ähnliche Weise ausgezeichnet und dem Cognitor näher gerückt worden. Von ihm heißt es in L. 6. §. 3. D. quod cuj. un. nom. von Paulus:

... judicati actio ei ex Edicto non datur nisi in rem suam datus sit [142]).

Ist die Stelle unverfälscht, so folgt daraus, daß selbst eine Stelle des Ediktes dieß ausdrücklich und allgemein vorgeschrieben habe.

Im Justinianischen Recht werden die verschiedenen

---

141) Bei den Prozeßcautionen galt dasselbe nach Ulpian in L. 79. D. de verb. obl. Si procuratori praesentis fuerit cautum, ex stipulatu actionem utilem domino competere nemo ambigit.

142) Daß sie auch nicht gegen ihn gegeben worden, sagt L. 4. §. 2. D. de re jud. Vgl. L. 5. §. 9. D. de constit. pec.

Arten der Procuratoren nicht mehr unterschieden. Doch wird auch jetzt noch die actio utilis für den Dominus nicht ohne alle Einschränkung gegeben, so daß also die Repräsentation im letzten Erfolg nicht immer eine ganz vollständige ist, und daß sg. dominium litis auch in dieser Beziehung noch praktische Folgen haben kann.

Für den Kläger ist die Regel diese. Die actio judicati utilis wird ihm gegeben, und die actio directa dem Procurator versagt [143]). Indeß geschieht diese Uebertragung doch nur causa cognita [144]). Nicht um des Gegners willen, dem es gleichgültig seyn kann, wem er zahlt; sondern weil das Interesse des Procurators selbst zuweilen eine Ausnahme von der Regel nothwendig macht. Hat er nehmlich Gegenforderungen aus der Geschäftsführung gegen den Mandans, so kann er diese durch Retention geltend machen, Die Cession der Klagen kann dann nicht durch die actio mandati erzwungen werde. Und so findet auch die Uebertragung vermittelst der actio utilis

---

143) L. 28. D. h. t. (Ulp.) Si procurator meus judicatum solvi satis acceperit: mihi ex stipulatu actio utilis est, sicuti judicati actio mihi indulgetur. Sed et si egit procurator meus ex ea stipulatione me invito, nihilominus tamen mihi ex stipulatu actio tribuetur, quae res facit, ut procurator meus ex stipulatu agendo exceptione debeat repelli, sicuti cum agit judicati, non in rem suam datus, nec ad eam rem procurator factus. L. 86. D. de solut. (Paul.) Hoc jure utimur, ut litis procuratori non recte solvatur: nam et absurdum est, cui judicati actio non datur, ei ante rem judicatam solvi posse. Für das ältere Recht beweisen diese Stellen nichts, da sie interpolirt seyn können, und höchst wahrscheinlich es wirklich sind.

144) Vgl. L. 5. D. de stip. praet. L. 18. §. 16. D. de damno infecto.

nicht statt, die ja nur ein Surrogat der Cession ist. Der Procurator wird also in diesem Fall die actio judicati directa anstellen, und aus dem Judicatum die Befriedigung wegen jener Gegenforderungen suchen können [145]).

Wenn für den Beklagten ein eigentlicher Procurator aufgetreten ist, so wird gleichfalls die actio judicati gegen den Dominus gegeben. Beim Defensor nicht, sondern nur gegen diesen. Dieß ist den allgemeinen Grundsätzen ganz gemäß, nach welchen aus den Handlungen des Mandatars, nicht aber aus den Contracten des negotiorum gestor gegen den Dominus geklagt werden kann. Denn nur bei jenem hat sich der Dominus durch das Mandat Dritten verpflichtet, für die Geschäfte des Stellvertreters einzustehen. Dieß aber ist etwas Besonderes hier, daß wenn die actio judicati utilis gegen den Dominus gegeben wird, die directa gegen den Procurator wegfällt, da in der Regel nach römischem Recht der Dominus und der Geschäftsführer als Correalschuldner betrachtet werden. Ohne Zweifel folgte man hierbei der Analogie des Cognitors. Eine Ausnahme leidet dieß wieder dann, wenn der Procurator sich zugedrängt hat (si se obtulit) das heißt auf eine Weise die Klage übernommen hat, woraus klar ist, daß es seine Absicht war, wenn auch nicht Selbstschuldner zu werden (procurator in rem suam) doch die

---

145) L. 30. D. h. t. (Paul.) Actoris procurator non in rem suam datus, propter impensas, quas in litem fecit, potest desiderare, ut sibi ex judicatione satisfiat, si dominus litis solvendo non sit. Vgl. L. 5. D. eod. (Ulp.) Item si retentione aliqua procurator uti velit, non facile ab eo lis erit transferenda.

Gefahr der Sache zu übernehmen. Dann kann er die Einlassung auf die actio judicati nicht verweigern, während ohne Zweifel auch der Dominus um des Mandats willen haftet [146]). Beim Defensor haftet zwar der Dominus gar nicht. Doch kann der Kläger, wenn der Defensor insolvend seyn sollte, die Cession der actio negotiorum gestorum contraria von ihm verlangen, und auf diesem Wege seine Befriedigung vom Dominus erhalten.

Die drei ersten im Eingang angegebenen Punkte sind nun bestimmt, nehmlich die Form der actio die alieno nomine gegeben wurde, die Wirkung des Prozesses für

---

146) L. 61. D. h. t. (Paul.) Plautius ait: procuratorem damnatum non debere conveniri, nisi aut in rem suam datus esset, aut obtulisset se, cum sciret cautum non esse, omnibus placuit. Idem erit observandum et si defensoris loco cum satisdatione se liti obtulerit. Die Worte: cum sciret cautum non esse, habe den Interpreten Schwierigkeit gemacht. Sie sollen, wie ich glaube, nur das liti se offerre in seiner juristischen Bedeutung charakterisiren. Der Procurator übernimmt damit das periculum, d. h. verpflichtet sich zu zahlen, und dieß sich vom Dominus erstatten zu lassen. Wenn er sich nun freiwillig zur Uebernahme der Klage erboten hat, da er wußte, daß die Vermögensumstände des Dominus keine hinreichende Sicherheit gewährten, so muß ihn gewiß dieß periculum treffen. L. 28. fin. D. eod. (Ulp.) Sed et si defensor meus satisdederit, in me ex stipulatu actio non datur, quia nec judicati mecum agi potest. L. 4. pr. D. de re jud. (Ulp.) Si se non obtulit procurator, judicati actio in eum denegabitur, et in dominum dabitur: si se obtulit, in ipsum dabitur. Obtulisse autem se liti videtur non is, qui in rem suam procurator datus sit: nam hic alia ratione judicati actionem recusare non potest, quia hic non in alienam, sed in suam rem procurator factus est. Vgl. noch L. 31. pr. D. de procur.

den Repräsentanten und sein Einfluß auf den Dominus. Es ist nun noch der vierte und letzte übrig, die Bedeutung der Cautionen, welche, wenn ein Repräsentant im Prozeß auftrat, geleistet werden mußten.

Der allgemeine Gesichtspunkt ist früher schon angedeutet worden. Jede Parthei kann nach ihrem strengen Recht verlangen, daß kein andrer als ihr wahrer Gegner im Prozeß ihr gegenüber auftrete, und sie ist aus verschiedenen Gründen wesentlich dabei interessirt. Ist man nun auch um des dringenden Bedürfnisses willen über jenes strenge Recht hinausgegangen, so mußte doch wenigstens dieses Interesse berücksichtigt und gesichert werden. Und dieß eben geschah durch jene Cautionen.

Von dem Repräsentanten des Klägers wird die schon oben erwähnte cautio de rato gegeben, wodurch der Beklagte gegen die nochmalige Klage des Dominus, wo sie rechtlich möglich ist, Sicherheit erhält. Diese hielt man für hinreichend. Denn in der Sache selbst hat der Beklagte, er mag nun condemnirt oder absolvirt werden, sonst nichts zu fürchten, als daß der Kläger mit demselben Anspruch noch einmal auftrete. Was aber die Prozeßführung betrifft, so fordert des Klägers eigenes Interesse, daß die Sache gehörig fortgesetzt werde. Bleibt sie liegen, so hat der Beklagte nur Vortheil davon [147]). Gegen Chi-

---

147) Wenn der Kläger den Prozeß nicht fortsetzte (judicium desertum, eremodocium), so mußte er im alten Recht die Sache verlieren. Denn wenn auch der Judex den Beklagten nicht absolvirte, sondern das Judicium nur durch die Zeit erlosch (vgl. Gaj. IV. §. 104. 105.), so stand der nochmaligen Klage die exceptio rei in judicium deductae entgegen. Im Justinianischen Recht wird der

cane des Procurators ſicherte ihn theils die clausula doli der cautio de rato [148]), theils allgemeine Rechtsmittel, namentlich actio und exceptio doli, und gegen das perſönliche Anſehen, welches der Procurator der Sache vielleicht zuwenden konnte, die Vorſchrift, daß kein Potentior zum Sachwalter genommen werden dürfe [149]). War der Kläger ohnedieß an die Handlungen ſeines Stellvertreters gebunden, und mit der nochmaligen Klage ausgeſchloſſen, ſo fiel alſo alles Bedürfniß einer Caution weg, und ſie konnte erlaſſen werden.

Ganz anders verhält es ſich mit dem Beklagten und deſſen Stellvertreter. Im Fall der Condemnation, auf welche der Kläger hofft, ſoll ihm etwas geleiſtet werden. Und damit er dieſes Ziel, die Condemnation, erreiche, iſt ihm alles daran gelegen, daß wer in eignem oder fremdem Namen die Klage übernommen habe, ſich ihr nicht entziehe, während jener geneigt ſeyn wird, dieß zu verſuchen. Nur wenn der Kläger in dieſer Beziehung, d. h. wegen gehöriger Fortſetzung des Prozeſſes und wegen der Leiſtung des Judicatums, ſicher geſtellt iſt, wird er es ſich gefallen laſſen, daß ſtatt des eigentlichen Beklagten der ihm haftet, ein anderer an deſſen Stelle die Klage übernehme. Dieſe

---

Beklagte, wenn er den Ungrund der Klage nicht darthun kann, ab instantia abſolvirt, und der Kläger nur gegen Erſtattung der Koſten und Caution mit der nochmaligen Klage zugelaſſen. L. 13. §. 2. C. de judiciis. Nov. 112. c. 3. §. 2.

148) L. 19. L. 22. §. 7. D. ratam rem haberi.

149) Cod. 2, 14. ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus praestare, vel actiones in se transferre. 18. ne fiscus vel respublica procurationem alicui patrocinii causa in lite praestet.

Sicherheit ist es, die ihm durch die satisdatio judicatum solvi gegeben wird. Diese Caution hat nehmlich 3 Clauseln, oder einen dreifachen Inhalt. Durch die erste: de re defendenda, wird die gehörige Fortsetzung der Sache, durch die zweite, de re judicata, oder de judicato solvendo, die Leistung des Judicatums, und durch die dritte: de dolo malo überhaupt, wie es bei jeder Caution üblich war, die Abwesenheit alles Dolus versprochen [150]), also eigentlich nur Sicherheit gegeben, wegen Erfüllung der Verbindlichkeiten, die auch sonst schon durch die litis contestatio für den Beklagten oder seinen Stellvertreter begründet waren [151]).

Ohne diese Caution wird kein Stellvertreter für den Beklagten zugelassen, nach der Regel: nemo defensor idoneus sine satisdatione esse creditur [152]). Hierin

---

150) Ueber diese Caution überhaupt s. Dig. 46, 7. judicatum solvi. Ueber ihren Inhalt L. 6. D. eod. (Ulp.) Judicatum solvi stipulatio tres clausulas in unum collatas habet: de re judicata, de re defendenda, de dolo malo. Ferner L. 5. §. 2. L. 13. pr. L. 21. L. 19 D. eod. Ueber die clausula doli insbesondre L. 53 L. 119. D. de verb. obl. Brisson. de formulis VI. 180. In der Formula der cautio damni infecti, in der lex de Gallia Cisalp. lautet sie: ex fide bona.

151) S. oben Note 17.

152) Gaj. IV. §. 101. 90. L. 46. §. 2. D. de procur. §. 1. 5. Inst. de satisdat. Vgl. L. 166. L. 110. §. 1. D. de reg. juris. Recte defendere heißt daher cum satisdatione L. 63. D. de judiciis. L. 53. D. de procur. L. 2. §. 3. D. quib. ex caus. in poss. L. 5. §. 3. D. judicatum solvi. Vgl. auch Cic. pro Quintio c. 6. 7., wo der Defensor des Quintius offenbar Unrecht hatte: negat Alphenus aequum esse, procuratorem satisdare, quod reus satisdare non deberet, si ipse adesset. — Cautio de rato giebt in der Regel nur der Procurator des Klägers, judicatum solvi im-

ist selbst der Cognitor vom Procurator oder Defensor nicht unterschieden [153]). Nur die Art der Sicherheitsleistung ist eine andere. Bei dem Cognitor nehmlich promittirt der Dominus, und wird dadurch was die gehörige Fortsetzung der Sache betrifft, gewissermaßen Bürge seines Anwalts, in Beziehung auf die Leistung des Judicatums aber bestärkt er dadurch eine eigene Verbindlichkeit, da die actio judicati auf ihn übertragen wird. Ueberflüssig ist in dieser zweiten Beziehung die Caution nicht, weil selbst hier die Gefahr ist, daß der Dominus sich dieser Verbindlichkeit entziehe, z. B. unter dem Vorwande, sein Stellvertreter sey cognitor in rem suam. Wenn ein Procurator oder Defensor, Tutor oder Curator für den Beklagten auftritt, so cavirt der Repräsentant. Denn gegen diesen wurde nach altem Recht immer, später wenigstens häufig die actio judicati gegeben. Und die Caution war dann um so nöthiger, weil der Kläger an der Stelle seines bisherigen Schuldners einen neuen erhielt. Der Dominus ist hier meist abwesend, oder aus andern Gründen unfähig selbst zu promittiren. Diese Regeln enthält Gajus IV. §. 101. [154]). Noch merkwürdiger ist aber die Stelle der

---

mer nur der Defensor des Beklagten. In einem judicium duplex wird daher von beiden Seiten duplex cautela bestellt. L. 15. §. 1. D. de procur.

153) Da sie beim Cognitor gefordert wird, so kann sie noch viel weniger dem procurator apud acta factus erlassen werden. Fr. Vat. §. 317. L. un. C. de satisd.

154) Si quidem cum cognitore agatur, dominus satisdare jubetur; si vero cum procuratore, ipse procurator. idem et de tutore et curatore juris est.

Fragm. Vat. §. 317. weil sie zugleich den innern Zusammenhang angiebt:

Ad defendendum cognitore constituto, dominus, non cognitor actori satisdare cogendus est: cum vero procurator defensurus intervenit, non dominus, sed procurator judicatum solvi satisdare compellitur ... Cognitore enim interveniente judicati actio domino vel in dominum datur ....: interveniente procuratore, judicati actio ex Edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit.

Ferner ist merkwürdig durch die augenscheinliche Interpolation L. 10. D. judicatum solvi von Modestin:

Si ad defendendum procurator datus fuerit, satisdare jubetur judicatum solvi stipulatione, quae non ab ipso procuratore, sed a domino litis interponitur. Quod si procurator aliquem defendat, ipse cogitur satisdare judicatum solvi stipulatione.

Die Stelle hat in dieser Fassung keinen rechten Sinn, weil zwei Fälle darin einander entgegengesetzt und verschieden behandelt werden, die doch in der That ganz gleich sind. Gewiß schrieb Modestin in der ersten Hälfte zweimal cognitor, wo hier procurator steht, eine Restitution, durch welche wir die Regel des alten Rechts gewinnen. Welcher Sinn der Stelle für das Justinianische Recht gegeben werden müsse, wird aus dem gleich Folgenden hervorgehen.

Nach Justinianischem Recht nehmlich ist diese Caution

gleichfalls ganz allgemein nothwendig [155]). Nur ist in der Art der Sicherheitsleistung wie in andern Beziehungen der praesentis procurator an die Stelle des Cognitors getreten. Hier cavirt nicht der Procurator, sondern der Dominus, gerichtlich oder außergerichtlich, mit Verpfändung seines ganzen Vermögens, und verspricht außer dem gewöhnlichen Inhalt der satisdatio judicatum solvi, daß er, wenn das Endurtheil gesprochen werde, vor Gericht erscheinen wolle [156]). Dieß war ganz consequent, da das Urtheil beim praesentis procurator, wie früher beim Cognitor, seine Wirkung nur auf den Dominus äußert. Der procurator absentis hingegen, auch wenn er apud acta bestellt ist, und der Defensor caviren selbst [157]). Auch dieß war natürlich, da der abwesende Dominus nicht promittiren konnte.

Da diese Satisdation der litis contestatio vorausgeht, so wird dadurch das Verhältniß des Stellvertreters noch eigenthümlich modificirt. Der Defensor nehmlich, der

---

155) §. 4. 5. Inst. de satisdat. Selbst den Vormündern, denen sonst in Rücksicht der Cautionen alle mögliche Erleichterung verschafft wird, ist sie nicht ganz erlassen. L. 28. §. 3. C. de adm. tut. erlaubt ihnen nur, die Sicherheit zu bestellen durch Verpfändung von Sachen des Mündels, wozu ein Decret des Magistrats nicht nöthig seyn soll.

156) §. 4. Inst. de satisdat. Interpolirt sind hiernach L. 8. §. 3. L. 15. pr. L. 46. pr. D. de procur. und die vorhin erklärte L. 10. D. jud. solvi, wo der Procurator in der ersten Hälfte für einen praesentis procurator genommen werden muß.

157) §. 5. Inst. de satisdat. L. 39. §. 6. L. 40. §. 2. D. de procur. L. un. C. de satisdando. L. 21. D. ratam rem haberi.

sie selbst gibt, wird schon dadurch Schuldner an der Stelle des Beklagten und dominus litis [158]). Daher die Uebernahme der Klage durch den Dominus jetzt nur noch causa cognita erlaubt wird [159]). Und umgekehrt wird der Cognitor, oder praesentis procurator, nachdem der Dominus für ihn jene Caution geleistet hat, unbedingt zur Uebernahme der Klage oder Ausführung des Auftrages gezwungen, weil für den Herrn nicht mehr res integra ist. Nur justae causae befreien ihn davon [160]).

Nachdem bisher die Grundsätze des Römischen Rechts rein dargestellt worden sind, kommen wir zuletzt noch auf die Frage, in wiefern diese Grundsätze jetzt noch angewandt werden können, und wie es sich überhaupt im heutigen Recht mit der Repräsentation im Prozeß verhalte. Die praktischen Schriftsteller sind darüber nicht einig, ob der Procurator noch durch litis contestatio dominus litis werde. Die dieß behaupten, gründen sich dabei auf das

---

158) L. 76. D. de procur. (Julian.) Vgl. L. 43. §. 6. L. 44. L. 45. pr. eod.

159) L. 64. D. de procur. L. 1. §. 2. D. quib. mod. pign.

160) Die Ausführung des übernommenen Auftrags ist der gewöhnliche Gegenstand der actio mandati (L. 8. §. 2. D. mandati), mit welcher aber nur das Interesse des nicht besorgten Geschäfts gefordert wird. Hier zwingt der Prätor extra ordinem zur Ausführung selbst, damit die clausula de re defendenda nicht committirt werde. Die Stelle des Edikts enthält L. 8. §. 3. D. de proc. Procuratorem *(cognitorem)* ad litem suscipiendam datum pro quo consentiente dominus judicatum solvi exposuit, ait Praetor, judicium accipere cogam. Vgl. L. 9. — L. 15. pr. D. L. 6. C. eod.

canonische Recht und die Reichsgesetze, welche allerdings in einzelnen Beziehungen es anzuerkennen scheinen. Die Gegner dieser Ansicht aber, welche wohl in jeder Beziehung das Uebergewicht haben möchten, haben doch meist die richtigen Gründe für ihre Behauptung nicht aufgefaßt [161]). Daher es wohl die Mühe lohnt, die Sache einer nochmaligen Prüfung zu unterwerfen.

Gehen wir nun hierbei von demjenigen aus, was sich in der bisherigen Untersuchung als das Wesentliche, als der eigentliche Grund jener eigenthümlichen Römischen Ansicht ergeben hat, so werden wir in der That nicht zweifeln können, daß sie mit allen ihren Folgen bei uns nicht mehr anwendbar sey. Sie beruhte, wie wir gesehen haben, nicht auf einer willkührlichen Subtilität des römischen Formularwesens, sondern war nur eine einzelne Anwendung des natürlichen und im ganzen Rechtssystem anerkannten Princips, daß bei obligatorischen Handlungen keine unmittelbare Repräsentation möglich sey. Deßhalb mußten die prozessualischen Handlungen zunächst nur für den Repräsentanten, der sie vorgenommen, Rechtsverhältnisse erzeugen, welche man dann erst auf künstliche Weise auf den Dominus zurück bezog. So hatte man auf einem Umwege Repräsentation im Prozeß, und auf ähnliche Weise bei andern

---

161) Für die Gültigkeit des dominium litis sind von neuern Schriftstellern Hofacker principia jur. civ. §. 4310. und Dapp von der Legitimation §. 63. folg. Dagegen schon J. H. Böhmer Diss. cit. cap. 3. und Jus eccl. prot. I. 38. §. 42. sqq. Neuerlich Glück Comm. V. 1. S. 244. Thibaut Pand. §. 1094. Eine mittlere Meinung scheint anzunehmen Martin bürg. Proz. §. 75. (73.)

dern obligatorischen Handlungen möglich gemacht. Noch in den Quellen des Justinianischen Rechts findet sich dieser künstliche, das strenge Recht und das praktische Bedürfniß ausgleichende Zusammenhang vollständig niedergelegt. Allein bei dem Uebergang des römischen Rechts in den neuern Rechtszustand ging er verloren. Man verstand ihn nicht und hielt sich nur an das letzte praktische Resultat. Und so kam es dahin, daß in unserm gemeinen Recht bei allen juristischen Handlungen, insbesondere obligatorischen Geschäften, Repräsentation ohne alle Einschränkung möglich ist [162]). Dieß gilt nun auch für prozessualische Handlungen, und so ist hierdurch jener künstliche Umweg des römischen Rechts nicht nur überflüssig, sondern in der That ganz unmöglich geworden.

Durch den Auftrag des Herrn ist jetzt das vollständigste Repräsentationsverhältniß zwischen ihm und dem Procurator begründet. Jede Handlung die dieser vornimmt, wirkt unmittelbar und ausschließend für jenen. So wird 1) durch die litis contestatio des Procurators das Judicium nur für den Dominus constituirt [163]). Nur er ist dadurch berechtigt und verpflichtet, nicht der Procurator, welcher also auf keine Weise dominus litis genannt werden kann. Daher ist auch das Auftreten eines Defensors nicht mehr Intercession, und es kann für den Be-

---

162) Nicht Quelle dieses freiern Rechtsprinzips, aber Beleg für dessen frühe Anerkennung sind c. 68. c. 72. de reg. juris in 6to.

163) Es liegt dieß schon in dem Ausdruck der ältern Glossatoren, Pillius ordo jud. tit. de litis contest. und Tancred. ordo jud. III. 1. welche sagen: per procuratorem lis contestari potest.

klagten eben so wenig wie für den Kläger ein Stellvertter ohne Vollmacht zugelassen werden [164]). Denn da der Prozeß überhaupt keine Wirkung für den Procurator hat, so muß, was ein Repräsentant ohne Vollmacht (falsus procurator) thut, da es auch den Herrn nicht bindet, ungültig seyn [165]), der Herr müßte es denn ratihabiren, wodurch das ganze Verfahren convalescirt [166]).

Selbst vom procurator in rem suam kann man heutzutage nicht mehr sagen, daß er durch die litis contestatio dominus litis werde, oder daß mit der Einlassung für ihn ein neues Recht oder eine neue Verbindlichkeit begründet sey. Denn was den Cessionar betrifft, so ist dessen Recht, um der actio utilis willen, schon vorher vollständig erworben, uud die litis contestatio hat darauf keinen Einfluß mehr. Wenn aber für den Beklagten ein pro-

---

164) Auch ist es nicht mehr so dringendes Bedürfniß, da nach unserm Verfahren zum Nachtheil des abwesenden Beklagten nichts verfügt wird. Ich halte es daher für inconsequent, wenn neuere Schriftsteller die Zulässigkeit eines Defensors noch annehmen. S. Claproth bürg. Prozeß §. 81. Dapp von der Legitimation §. 387. Note a. Thibaut Pand. §. 1101. Martin bürg. Prozeß §. 76. (74.) Note a. Die ältern Schriftsteller schließen sich noch mehr an das Römische Recht an, ohne es aber ganz zu verstehen. S. Glosse und Bartolus zu L. 23. D. de solut. Bartolus zu L. 1. C. de sent. n. 12. Durantis spec. jur. I. 3. tit. de defensore und unten Note 167.

165) Man gründet dieß gewöhnlich auf L. 24. C. de procur. (Vgl. oben S. 225.) und c. 4. X. de procur. Vgl. Vantius de nullitatib. rubr. de null. ex inhab. s. defectu mandati n. 59. sqq. Die exceptio falsi procuratoris kann daher noch zu jeder Zeit vorgeschützt werden.

166) Gaill Obss. I. 47. Hofacker principia j. c. §. 4304. Thibaut Pand. §. 1103.

curator in rem suam aufträte, dessen Absicht es wäre, die Verbindlichkeit des Beklagten ganz auf sich zu nehmen, so würde doch durch die litis contestatio allein, als eine einseitige Handlung, die Intercession nicht zu Stande kommen können. Der Kläger müßte erst seine Genehmigung erklären. Dann aber ist ein wahrer Vertrag vorhanden, wie er der gewöhnlichen Intercession zum Grunde liegt, wodurch in der Regel der ursprüngliche Schuldner nicht liberirt seyn wird, wenn der Gläubiger die Absicht ihn frei zu lassen nicht ausdrücklich erklärt hat.

2) Auch die res judicata, insbesondere das condemnatorische Urtheil, begründet nur für den Dominus, nicht für den Procurator Rechte und Verbindlichkeiten, die actio judicati steht unmittelbar dem Kläger selbst gegen den Beklagten selbst zu [167]), und wenn auch das Urtheil nach der ältern Praxis in gewissen Fällen auf den Namen des Anwalts gerichtet werden sollte, so war dieß nur eine leere Form [168]).

---

167) Die Ansichten der ältern Schriftsteller sind schwankend. Insbesondre gestatten sie die actio judicati gegen den Defensor oder falsus procurator des Beklagten, gewissermaßen als Strafe, Tancred. ord. jud. II. 23. Durantis spec. jur. II. 3. de exsecut. sent. §. 3. n. 4. Bartolus in L. 4 .D. de re jud. Baldus in L. 61. D. de procur. Maranta spec. P. VI. rubr. de exsecut. sent. n. 40. 41. Die Neuern sind darüber entschieden, daß die actio judicati nie mehr für oder gegen den Anwalt gegeben werden könne. S. J. H. Böhmer jus eccl. prot. I. 38. §. 49. Diss. cit. c. 3. §. 9.

168) Nach der Ansicht der ältern Praktiker soll das Urtheil auf den Procurator gerichtet werden, wenn er litem contestirt hat; wenn er erst später eingetreten ist, auf den Dominus. Tancred. ord. jud. IV. 3. Durantis II. 3. de sententia §. 5. n. 6.

Bei dieser vollständigen Repräsentation kann es dem Gegner ganz gleichgültig seyn, ob er mit dem Dominus selbst, oder mit einem Repräsentanten desselben zu thun hat. Daher fällt das Bedürfniß der Cautionen weg. Die cautio de rato muß zwar noch bestellt werden, wenn die Vollmacht, also auch das Repräsentationsverhältniß selbst, und die Gültigkeit des ganzen Verfahrens ungewiß ist, und zwar ohne Unterschied vom Procurator des Klägers und des Beklagten [169]). Allein satisdatio judicatum solvi wird nicht mehr geleistet, sie hat sich in einer leeren Clausel der Vollmacht verloren [170]).

Einige der oben erwähnten Nebenwirkungen das sg. dominium litis sind nun freilich im canonischen Recht

---

Glossa, Bartolus, Baldus in L. 1. C. de sent. et interloc. Die neuere Praxis, nach welcher es ohne Unterschied auf den Dominus gerichtet wird, s. bei Maranta speculum P. VI. rubr. de sententia n. 112. 108. 109. Mynsinger Obss. VI. 11. Gaill. Obss. I. 111. Matthaeus de judiciis Diss. 17. n. 72. und den letzten Ueberrest des ältern Rechts im J. R. A. §. 99.

169) Tancred. ordo jud. II. 21. Durantis II. 1. de satisdat. §. 3 Gaill. Obss. I. 46. n. 4. Vultejus de judic. II. 5. n. 314 — 319. 332 — 335. Brunnemann de processu c. 8. n. 8. Dapp Legitimation §. 475 — 505.

170) Nach der ältern Praxis sollte sie noch in der Regel von dem Beklagten für seinen Anwalt gegeben werden. Der Defensor mußte sie selbst beschaffen. Dem Syndicus und Vormund wurde sie erlassen. Tancred. I. 22. fine II. 22. Durantis II. 1. de satisdat. §. 4. Baldi Practica tit. de procuratorib. n. 8. 15. Vgl. auch Clem. 1. de procuratoribus. Als Clausel in der Vollmacht kommt sie vor bei Mynsinger Obss. II. 84. Gaill. Obss. I. 64. n. 4. Vultejus de judiciis II. 5. n. 331 — 335. Dapp Legitimation §. 245. 294. 305. 505. Für unpraktisch erklärt sie unter Andern J. H. Böhmer jus eccl. prot. I. 38. §. 46.

und in den Reichsgesetzen noch anerkannt, und werden deshalb auch von neuern Schriftstellern noch für praktisch erklärt. Allein da das allgemeine Princip, auf welchem sie im Römischen Rechte ruhten, nach dem so eben Gesagten nicht mehr gilt, so müssen wir consequenterweise auch diese Folgen desselben für aufgehoben ansehen.

Dahin gehört 1) das Substitutionsrecht des Procurators nach der litis contestatio. In dem canonischen Recht und von den ältern Praktikern wird es noch anerkannt [171]). Consequenter wird aber diese Befugniß ausschließend von dem Inhalt der Vollmacht abhängig gemacht [172]).

2) Der Uebergang des Mandats auf die Erben des Mandans nach der Litiscontestation, während es durch den Tod des Dominus vor der Einlassung erlöscht. Die ausländischen Praktiker nehmen dieß noch als Regel an [173]), machen aber eine Ausnahme, welche das canonische Recht bestätigt hat [174]). Die ältern Deut-

---

171) c. 1. §. 1. de procuratorib. in 6to. Durantis I. 3. de procuratore §. 1. n. 23. Mynsinger Obss. I. 43. Gaill. Obss. I. 74. n. 11.

172) Daß der J. R. A. §. 100. die clausula substitutionis allen Vollmachten einzurücken gebietet, entscheidet die Sache zwar nicht. Aber innere Gründe sprechen dafür. S. J. H. Böhmer Diss. cit. c. 3. §. 10. Jus eccl. prot. I. 38. §. 50. Für die ältere Ansicht sind Dapp §. 67 — 71. der daselbst angeführte Stryk us. mod. h. t. §. 38. 39. und Claproth bürg. Prozeß §. 83.

173) S. Glossa et DD. ad L. 23. C. h. t.

174) Clem. 4. de procur. Wenn der Dominus ein Prälat ist, so wird durch den Tod desselben auch nach der Litiscontestation das Mandat aufgelöst. Daß die Stelle so beschränkt zu erklären sey, ergiebt die Vergleichung mit ältern Schriftstellern. S. Du-

schen Schriftsteller erkennen zwar die gesetzliche Vorschrift des römischen Rechts an [175]), bemerken aber die abweichende Praxis. Von den Reichsgerichten wenigstens wurde bei dem Tode des Prinzipals auch nach der Litiscontestation eine citatio ad reassumendum an die Erben erlassen [176]). Da hieraus ein Verzug für die Sache entstand, so wurde vorgeschrieben, daß, wenn der Tod nach beschlossner Sache erfolgte, ohne citatio ad reassumendum das Urtheil auf den Procurator als dominus litis gerichtet werde [177]), und endlich, daß jede Vollmacht auch für die Erben ausgestellt werden sollte, wodurch die förmliche Reassumtion des Prozesses allgemein überflüssig wurde [178]). Hieraus geht denn zur Genüge hervor, daß man den Uebergang des Mandats auf die Erben des Mandans um der Litiscontestation willen längst nicht mehr für praktisch hielt, was auch von den spätern Schriftstellern nicht bezweifelt wird [179]).

3) Die Renunciation des Procurators und Revocation des Mandats von Seiten des Dominus war nach Römischem Recht in gewissen Fällen nur unter Mit-

---

rantis I. 3. de procur. §. 2. n. 5. rubr. de syndico n. 17. Glossa ad Clem. cit. Jason in L. 23. C. h. t. Maranta speculum P. VI. de sententia n. 108. 109. Brunnemann de processu I. n. 73. J. H. Böhmer jus eccl. prot. I. 38. §. 56.

175) Mynsinger Obss. II. 84.

176) Gaill. Obss. I. 109. n. 5. 6. Brunnemann de processu I. n. 73.

177) R. D. A. 1600. §. 73.

178) J. R. A. §. 99.

179) J. H. Böhmer Diss. cit. c. 3. §. 18. jus eccl. prot. I. 38. §. 56. Dapp Legitimation §. 269—278.

wirkung des Richters und nur ex justa causa möglich. Die Renunciation des Procurators nehmlich, wenn der Herr bereits satisdatio judicatum solvi für ihn geleistet hat. Das canonische Recht [180]) und die ältern Praktiker [181]) erkennen diesen Grundsatz an, und bei den Reichsgerichten konnte deshalb der Procurator nur durch ein förmliches Exonerationsverfahren frei werden [182]). Ebenso wird auch Revocation von Seiten des Dominus nach der Litiscontestation nur ex justa causa und nach einer causae cognitio zugelassen [183]). Dasselbe wollen für beide Fälle auch noch neuere Schriftsteller behaupten [184]). Allein da weder eine wahre satisdatio judicatum solvi mehr geleistet wird, noch die litis contestatio dem Procurator eignes Recht giebt, so ist es wohl richtiger, Renunciation und Revocation ganz nach den allgemeinen Grundsätzen des Mandats eintreten zu lassen [185]). Wenn es aber auch zu dessen Aufhebung keiner causae cognitio bedarf, so muß sie doch allemal dem Richter und dem Geg-

---

180) Clem. 1. de procuratoribus.

181) Glossa ad Clem. cit. Glossa et DD. ad L. 8. §. 3. D. de procur.

182) Gaill. Obss. I. 46. n. 1—7.

183) C. 2. de procurat. in 6to. Durantis I. 3. de procurator. §. 1. n. 36. Glossa et DD. in L. 16. sqq. D. h. t. Gaill. Obss. I. 46. n. 8—10. Mynsinger Obss. V. 44.

184) Lauterbach Coll. theor. pract. h. t. §. 63—65. Claproth bürg. Prozeß §. 88. G. L. Böhmer principia jur. can. §. 718. n. 4. Selbst Martin bürg. Prozeß §. 75. (73.) Note m. scheint diese Ansicht zu haben.

185) J. H. Böhmer jus eccl. prot. I. 38. §. 52. 53. Diss. cit. c. 3. §. 12. Struben rechtl. Bed. V. 25.

ner angezeigt werden, sonst präjudicirt sie diesem letztern nicht [186]).

4) Die Präoccupation der Sache von Einem unter mehreren Procuratoren desselben Dominus durch die Litiscontestation ist im canonischen Recht bestätigt [187]). Allein auf das dominium litis des Procurators kann dieß jetzt nicht mehr gegründet werden. Nur das kann man zugeben, daß Einer von mehreren Geschäftsführern auf die Besorgung eines allein begonnenen Geschäfts ein ausschließendes Recht habe, da er auch für dessen Erfolg allein einsteht, und daß bei Prozessen die litis contestatio, als der förmliche Anfangspunkt der gerichtlichen Verhandlung, in dieser Beziehung entscheidend sey [188]).

5) Was endlich die exceptiones procuratoriae betrifft, so können diese allerdings nur vor der Einlassung vorgeschützt werden, wenn nicht die Nullität des Prozesses dadurch verhütet werden soll, als z. B. die

---

186) c. 13. X. de procur. beschränkt dieß auf die Zeit nach der Litiscontestation. Es ist aber von jeher mit Recht extensiv interpretirt worden. S. Glossa in h. c. Tancred. I. 24. Durantis I. 3. de procurat. §. 1. n. 37. Bart. et Bald. in L. un. C. de satisdando. Baldi Practica rubr. de procur. n. 11. Mynsinger Obss. V. 44. n. 3. Danz bürg. Prozeß §. 43. Die innern Gründe dafür sind oben vorgekommen, welche heutzutage allgemein anwendbar sind, weil auch die Vollmacht bei Gericht producirt und dem Gegner mitgetheilt wird.

187) c. 14. X. de procur. c. 6. eod. in 6to.

188) Vgl. Stryk Us. mod. h. t. §. 26. 27. J. H. Böhmer Diss. cit. c. 3. §. 7. jus eccl. prot. I. 38. §. 14. 47. Lauterbach Coll. theor. pract. h. t. §. 47. 48. Claproth bürg. Prozeß §. 82.

exceptio falsi procuratoris [189]). Allein der Grund auch hiervon ist nicht das dominium litis, sondern die allgemeine Regel für die Beibringung der dilatorischen Einreden [190]).

---

189) c. 4. X. de procur. Dasselbe behauptet auch für die exceptio cautionis de rato Dapp. Legitimation §. 478.

190) J. R. A. §. 37. 38.

IV.

Ueber das gerichtliche und außergerichtliche Geständniß.

Eine der wichtigsten Fragen im Civilprozeß ist unstreitig die, was den Richter bei Entscheidung der Sache leiten und bestimmen müsse, worauf er das Urtheil zu gründen habe? Das Natürlichste scheint, den Richter in dieser Beziehung auf seine eigne Ueberzeugung zu verweisen, welche dann einen doppelten Gegenstand haben wird. Das Daseyn des streitigen Rechts beruht nehmlich theils auf allgemeinen Rechtssätzen, theils auf den Thatsachen, welche dasselbe im einzelnen Falle bedingen. Ueber jene soll dem Richter immer die vollständigste und gewisseste Ueberzeugung beiwohnen, eine Ansicht, die, wenn auch nicht allgemein nothwendig, doch für unsern heutigen Rechtszustand theoretisch richtig seyn mag; da heutzutage der Richter an das geschriebene Recht gebunden, und nicht mehr befugt ist, neues Recht zu finden oder zu weisen [1]). Eine sichere

---

1) Vgl. Mösers patriotische Phantasien Bd. 1. No. 51. Die Rechtsweisheit unsrer Richter in Erfindung neuer Rechtssätze ist nur Ergänzung der Lücken des geschriebnen Rechts durch Analogie.

Ueberzeugung über die faktischen Bedingungen des streitigen Rechts aber kann der Richter nur durch Untersuchung gewinnen, muß ihm von Seiten der Partheyen durch Beweis, oder Beibringung der nöthigen Ueberzeugungsgründe verschafft werden. Diese Gründe oder Mittel seiner Ueberzeugung sind theils eigne Wahrnehmungen und Schlüsse des Richters, theils Zeugnisse Anderer; entweder dritter bei dieser Sache nicht interessirter und sonst glaubwürdiger Personen, oder auch Aussagen der Partheien selbst, insofern sie Glauben verdienen.

Dieß scheint, wie gesagt, der durch die Natur der Sache dem Richter vorgezeichnete Weg. Allein näher besehen, ist es keineswegs der einzig mögliche. In allen positiven Rechten ist noch ein zweiter rechtlich anerkannt, der sich im Allgemeinen nur negativ charakterisiren läßt. Nehmlich häufig muß der Richter ohne alle Rücksicht auf seine Ueberzeugung, also auch ohne Untersuchung und eigentlichen Beweis, eine Behauptung der Partheien für wahr oder unwahr erklären, kurz sein Urtheil auf ganz etwas Andres gründen, als seine eigne Ansicht von der Sache. Es giebt dafür keinen passendern Ausdruck, als den von Möser erfundenen, förmliche Wahrheit [2]), weil auch hier Etwas aus rein formellen Gründen für wahr gilt, ohne alle Rücksicht auf die wirkliche Wahrheit. Nehmen wir die Worte Beweis, Beweisgrund, Beweismittel im weitern Sinn, für Alles, wodurch eine Thatsache im Prozeß rechtlich gewiß wird, so können wir nach Analogie des so eben erwähnten Ausdrucks, dem wirklichen

---

2) Mösers patr. Phant. Bd. 4. No. 30.

und eigentlichen Beweis, wodurch der Richter überzeugt werden soll, den förmlichen entgegensetzen.

Welches sind nun aber diese förmlichen Beweisgründe? Viele derselben liegen ganz außer dem Prozesse, z. B. die gesetzlichen Präsumtionen und Fiktionen. Andre in Handlungen der Partheyen, in einem eigenthümlichen Gang des Prozesses selbst, und diese interessiren uns hier vorzugsweise.

So ist schon nach den allgemeinsten Principien des Civilprozesses, was unter den Partheien nicht bestritten wird, oder das vom Gegner in diesem Prozeß Zugestandne, von dem Richter als wahr zu behandeln, wobei seine Ueberzeugung nicht in Betracht kommt, es ist also förmliche Wahrheit. Der Grund davon liegt in der sg. Verhandlungsmaxime, die nicht als etwas Positives angesehen werden kann, sondern für den reinen Civilprozeß, wo die Partheyen Rechte geltend machen, auf die sie auch verzichten können, das Ursprüngliche und Natürliche ist.

Ferner entsteht durch die allgemeine Regel über die Beweislast förmliche Wahrheit. Denn wenn derjenige, dem der Beweis einer Thatsache obliegt, diesen nicht führt, so wird das Gegentheil für wahr angenommen, z. B. ausgesprochen der Beklagte sey nicht schuldig, weil der Kläger seine Forderung nicht dargethan.

Noch weiter gehn häufig die positiven Rechte in der Zulassung förmlicher Beweisgründe, wobei ein bisher noch nicht berührter Gesichtspunkt von Einfluß ist. Wenn die Anerkennung des streitigen Rechts ganz von der Ueberzeugung des Richters abhängt, so ist diesem dadurch eine Macht über Vermögen, Ehre, Stand, kurz aber alle Pri-

vatrechte der Unterthanen gegeben, wie sie bei ausgedehnter Privatfreiheit den Obrigkeiten selten zugestanden wird.

Hieraus erklären sich die ganz eigenthümlichen Grundsätze des alten Deutschen Prozesses. Hier nahm der eigentliche Beweis durch Zeugen, Urkunden ꝛc. eine sehr untergeordnete Stelle ein. Weder der Richter, noch seine Schöffen hatten die Macht nach ihrer Ueberzeugung einen freien Mann, der sich nicht schuldig bekannte, zu richten. Der Richter hegte das Gericht, die Schöffen wiesen das Recht, das Faktum wurde auf rein förmlichem Wege festgestellt. Der Reinigungseid des Beklagten, wodurch er der Klage entgeht, ehe der Kläger zum Beweise derselben gelassen wird, überhaupt die Eide der Partheyen, und der Eideshelfer, ferner die Ordalien, sind sämmtlich nichts anders als förmliche Beweismittel [3]).

Die Römer haben zur Erreichung desselben Zwecks einen andern Weg eingeschlagen. Im Römischen Recht hängt die faktische Entscheidung fast allein von der Ueberzeugung des Richters ab. Den förmlichen Beweismitteln des Deutschen Rechts kann nur der zugeschobene Eid verglichen werden. Allein eben deshalb ist es nicht die Obrigkeit, welche über das Factum urtheilt, sondern ein von den Partheyen gewählter Privatrichter, während der Ma-

---

3) Vgl. Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgeschichte Bd. 1. §. 77—79. Bd. 2. §. 382. Rogge über das Gerichtswesen der Germanen §. 16. und Kap. 4—6. erklärt vollkommene Beweislosigkeit für das Charakteristische des altdeutschen Prozesses. Dieß ist nur verschiedner Ausdruck für das im Text Gesagte. Wenn man den zugeschobnen Eid zu den Beweismitteln rechnet, so gehören dahin auch jene förmlichen Beweisgründe des germanischen Rechts.

gistratus nur den allgemeinen Rechtssatz aufstellt. Hierdurch schien die Privatfreiheit hinreichend gesichert, und man hielt es nicht für nöthig, ja nicht für möglich, den Judex in der faktischen Beurtheilung der Sache durch Rechtsregeln einzuengen. Daher ist, was das Römische Recht von Regeln über den Beweis enthält, so unbedeutend, worin sich der praktische Sinn der Römer von neuem bewährt, da, wie jeden die Erfahrung lehren wird, nirgends allgemeine Grundsätze weniger zureichend und die freie Beurtheilung des einzelnen Falles hemmender sind als im Beweise. Nachdem dieses Stück der Römischen Gerichtsverfassung, die Theilung des Richtergeschäfts zwischen Magistratus und Judex, längst seine politische Bedeutung verloren hatte, wurde es als der spätern Zeit nicht mehr angemessen und unzweckmäßig abgeschafft. Die kaiserlichen Beamten mit ihren Beisitzern waren es, vor welchen jetzt der ganze Prozeß verhandelt wurde, und welche nach freier Ueberzeugung über Recht und Factum zugleich entschieden. Eine Gefährdung der Freiheit konnte nach deren vollständigem Untergang darin nicht mehr gefunden werden.

Den Uebergang zu unserm heutigen gemeinen Prozeß bildet das canonische Recht, und die Theorie der gleichzeitigen Schriftsteller. Germanische Grundsätze übten hier auf das Beweisverfahren einen geringeren Einfluß, als die eigenthümlichen Verhältnisse der Kirche, und das Römische Recht. Die geistliche Gerichtbarkeit, hervorgegangen aus einer reinen Disciplinargewalt, neigte natürlicherweise zur Inquisitionsmaxime, nach welcher der Richter durch alle ihm zu Gebote stehende Mittel die wirkliche Wahrheit zu erforschen sucht, und wobei das Princip des

förmlichen Rechts nothwendig zurücktritt. Dieß und die Reception der Römischen Grundsätze hatte zur Folge, daß in dem Prozeß, der aus diesen gemischten Rechtsquellen abgeleitet wurde, die förmlichen Beweismittel des Deutschen Rechts fast gar keinen Eingang fanden [4]), und die Entscheidung über das Factum ganz von der Ueberzeugung des Richters abhängig gemacht wurde. Weniger die Absicht, der Macht der Obrigkeiten gewisse Grenzen zu setzen, als die scholastische Richtung der Zeit führte aber darauf, die factische Beurtheilung des Richters durch allgemeine Rechtsregeln auf ganz neue und eigenthümliche Weise zu beschränken, indem man im Allgemeinen zu bestimmen versuchte, was nöthig sey, und hinreiche um die volle Ueberzeugung des Richters zu begründen. Zum Theil enthielten diese Regeln freilich nur das Natürliche und allgemein Vernünftige; allein zum Theil auch sehr Positives, wobei man sich auf sehr zufällige Aeußerungen des Römischen und ältern canonischen Rechts stützte. Die bekannteste und positivste Regel dieser Art ist die, daß die übereinstimmende Aussage zweier unverdächtiger Zeugen einen vollständigen Beweis machen soll. Offenbar hatte man hier einen Mittelweg zwischen förmlichem und wirklichem Beweis gewählt.

Diese Grundsätze sind in unser gemeines Recht übergegangen, in welchem daher im Allgemeinen das Ziel alles Beweises die Ueberzeugung des Richters ist. Diese Ueberzeugung muß natürlich, um das Urtheil zu begründen,

---

4) Eine Ausnahme macht der Reinigungseid, welcher aber bald die Natur eines förmlichen Beweismittels verlor.

nicht ganz subjektiv, sondern durch allgemeingültige Gründe unterstützt seyn, wobei indeß dem Arbitrium des Richters, also eben dem Subjectiven in ihm, noch viel Raum gelassen ist. Nur in gewisser Beziehung ist durch positive Regeln sein Arbitrium ganz ausgeschlossen, gewisse Beweisgründe sind für schlechthin allgemeingültig erklärt. Außerdem kennt unser gemeines Recht auch förmliche Beweismittel. Dahin gehört z. B. der zugeschobene Eid [5]) und mit gleichem Recht das gerichtliche Geständniß.

Diese

---

5) Die gewöhnliche Ansicht der Neuern über das juramentum delatum ist diese. Im Römischen Recht sey es ein Transact gewesen, jetzt aber sey es seinem Zweck nach ein eigentliches Beweismittel, nur in seinen Bedingungen habe es noch etwas Transactähnliches behalten. S. Malblanc de jurejur. III. §. 41. p. 112. Grolmann Theorie des gerichtl. Verf. in bürg. Rechtsstr. §. 91. folg. Allein dieser Eid war und ist noch nichts andres als ein förmliches Beweismittel in dem bezeichneten Sinne. Denn es soll dadurch eine streitige Thatsache gewiß werden, ohne Rücksicht auf die Ueberzeugung des Richters. Sonst müßte er, wie der richterliche Eid, derjenigen Parthey auferlegt werden, von welcher mit größerer Wahrscheinlichkeit die Aussage der Wahrheit zu erwarten ist. Allein nur der Wille der Partheyen, also Vertrag, bestimmt hier, ob und von wem der Eid geleistet werden soll, und es entsteht daraus eine wahre Fiction, mit Ausschluß alles Gegenbeweises, wobei der Richter häufig eine ganz entgegengesetzte Ueberzeugung haben wird. Nur darin weicht unser heutiges Recht von dem Römischen ab, daß, um den Mißbrauch des Eides zu verhüten, die Willkühr der Partheyen in Zuschiebung und Ableistung desselben durch den Richter mehr beschränkt wird, wodurch er allerdings den gewöhnlichen Beweismitteln, namentlich den richterlichen Eiden ähnlicher geworden ist. Diese nehmlich, das juramentum suppletorium und purgatorium, sind ordentliche Beweismittel, wodurch der Richter die wirkliche Wahrheit zu erforschen sucht. Zwar ist es das Zeugniß einer Parthey zu ihren Gunsten, welchem alle Glaubwürdigkeit zu fehlen scheint. Allein

Diese allgemeinen Betrachtungen mußten vorausgeschickt werden, um für den eigentlichen Gegenstand dieser Abhandlung eine sichere Grundlage zu gewinnen. Es soll nehmlich versucht werden, den Gegensatz des gerichtlichen und außergerichtlichen Geständnisses, welchen schon die ältern Schriftsteller nicht klar aufgefaßt, die neuern aber fast ganz vergessen zu haben scheinen, im Allgemeinen und in seinen einzelnen Beziehungen und Folgen zu bestimmen. Dieß wird uns Veranlassung geben die wichtigeren Sätze der Lehre vom Geständniß überhaupt zu berühren, so jedoch, daß Alles was mit jenem Gegensatz in keiner unmittelbaren Verbindung steht, ausgeschieden bleibt [6]).

Geständniß überhaupt nennen wir Alles, was eine Parthey zu ihrem Nachtheil aussagt, und es werden allgemein zwei Arten desselben angenommen, das gerichtliche und außergerichtliche. Welche Begriffe aber mit diesen beiden Ausdrücken zu verbinden seyen, das ist die Frage. Ich glaube, daß sie auf folgende Weise zu bestimmen sind. Das gerichtliche Geständniß ist dasjenige, welches in diesem Prozesse abgelegt worden ist. Außergerichtlich jedes andere, mag es sonst vor einer richterlichen Behörde, in einem andern Prozesse oder in einer Verhandlung der frei-

---

es soll auch nie voller Beweis dadurch begründet, sondern ein unvollständiger dadurch ergänzt oder hinweggeräumt werden. Sodann soll der Richter nur in subsidium dazu greifen, wenn es an andern Mitteln, die Wahrheit zu erforschen, fehlt, und darauf sehen, von welcher Parthey wohl eher die Aussage der Wahrheit erwartet werden kann. Endlich ist es auch keine gewöhnliche Behauptung, sondern eine eidliche Aussage.

6) Vieles dahin Gehörige ist sehr gut behandelt in Webers Verbindlichkeit zur Beweisführung Kap. 4.

willigen Gerichtbarkeit oder privatim vorgekommen seyn. Und der wesentliche Unterschied beider scheint mir in Folgendem zu liegen. Das gerichtliche Geständniß ist in dem vorhin bezeichneten Sinn ein förmlicher Beweisgrund. So wie der Richter nach der sg. Verhandlungsmaxime überhaupt von der Ungewißheit eines Rechtsverhältnisses nur dann Notiz nimmt, wenn es darüber zum Streit kommt, und dieser ihm vorgetragen wird, so richtet er nach demselben Princip in der anhängig gemachten Sache seine Untersuchung nur auf diejenigen Punkte, die unter den Partheien bestritten sind. Was der eine Theil behauptet, und der andre zugesteht, darüber fordert er keinen Beweis, das behandelt er wenigstens vorläufig als wahr, und gründet sein Urtheil darauf, ohne alle Rücksicht auf seine Ueberzeugung von der wirklichen Wahrheit. Dieß ist förmliche Wahrheit, womit indeß nicht behauptet wird, daß das gerichtliche Geständniß nothwendig eine wahre Fiktion begründen müsse, so daß aller Beweis des Gegentheils ausgeschlossen wäre, wie es im Römischen Recht in gewissen Fällen angenommen wurde. Auch dann müssen wir die Wirkung des gerichtlichen Geständnisses förmliche Wahrheit nennen, wenn es nur eine Präsumtion begründet, die durch einen Gegenbeweis zerstört werden kann. Das außergerichtliche Geständniß, welches mit diesem Verfahren nicht in unmittelbarer Verbindung steht, kann förmlich in demselben auch nicht wirken, sondern nur als Zeugniß nach seiner innern Glaubwürdigkeit die Ueberzeugung des Richters begründen. Zwar ist es das Zeugniß einer Parthey in eigner Sache. Allein da es eine für sie nachtheilige Behauptung enthält, und in der Regel angenom-

men werden kann, daß niemand zu seinem Nachtheil die Unwahrheit sagen werde, so wird es dem Richter in den meisten Fällen als vollständiger Beweis- und Ueberzeugungsgrund gelten.

Dieser Gegensatz, wie er eben bestimmt wurde, ist in der Natur der Sache begründet, und muß sich überall wiederfinden. Etwas anders ist die positive Gestaltung desselben. Darüber wird uns die Rechtsgeschichte Aufschluß geben. Diese beginnt mit dem Römischen Recht, dessen eigenthümliche Grundsätze also zuvörderst darzustellen sind. Daran schließt sich die Theorie der ältern und neuern Schriftsteller über das Römische Recht, aus welcher auch die Entscheidungen des canonischen Rechts geflossen sind. Das Resultat dieser Dogmengeschichte ist indeß, wie sich unten zeigen wird, in jeder Beziehung ein rein negatives, indem wir dadurch weder einen historischen, noch theoretischen Boden für unser heutiges Recht gewinnen. Gewinn muß aber auch dieses Resultat genannt werden, wenn es uns zu den wahren Quellen unsers heutigen Rechts, und durch Bezeichnung des Abwegs zu der richtigen Theorie hinleitet.

In dem Römischen Recht finden wir das gerichtliche Geständniß, als förmlichen Beweisgrund, seinen Bedingungen und seinen Wirkungen nach eigenthümlich gestaltet, in der confessio in jure und bei den interrogationes in jure faciendae. Ueber das gerichtliche Geständniß in andern Fällen, und über das außergerichtliche enthalten die Quellen fast gar keine Bestimmungen.

Die confessio in jure [7]) ſtand in der genaueſten Verbindung mit dem ordo judiciorum privatorum, dem ordentlichen Civilverfahren der ältern und claſſiſchen Zeit. Dieß begann vor dem Prätor (in jure), welcher die Partheyen nur vorläufig vernahm, und ohne ein Urtheil zu fällen, den Prozeß einleitete, indem er einen Judex ernannte, und dieſem in der Formula eine Inſtruction gab; und ging dann zum Judex über (judicium) welcher vollſtändig unterſuchte und das Urtheil fällte. Zum Judicium kam es jedoch nur dann, wenn die Sache nicht ſchon vor dem Prätor ganz liquide, alſo eine faktiſche Unterſuchung über den Grund oder Gegenſtand der Klage noch nöthig war. Daher wurde 1) der Kläger ohne weiteres abgewieſen, die actio (formula, judicium) ihm verſagt, wenn ſeine Klage offenbar unbegründet, oder durch liquide Einreden des Beklagten elidirt war [8]); und umgekehrt 2) der Beklagte angehalten, den Kläger in Rückſicht der offenbar begründeten Klage zufrieden zu ſtellen, vorausgeſetzt, daß ſie auf eine ſolche Leiſtung ging, die unmittelbar durch Excution erzwungen werden konnte, wohin nach al-

---

7) Hauptquellen ſind Paul. sent. rec. V. 5a. §. 2—5. II. 1. §. 5. Dig. 42, 2. Cod. 7, 59. de confessis.

8) L. 9. pr. D. de jurejurando (Ulp.). Nam postquam juratum est, denegatur actio; aut si controversia est, id est, si ambigatur, an jusjurandum datum sit, exceptioni locus est. Der Eid wirkt immer nur per exceptionem. Allein wenn die exceptio jurisjurandi in facto liquide iſt, ſo kommt es nicht zum Judicium. Der Prätor verſagt ohne Weiteres die actio. Iſt ſie beſtritten, und ihr Grund zweifelhaft, ſo muß ein Judex, eine Formula oder actio, und darin auch die eigentliche exceptio gegeben werden.

tem Recht nur Zahlung einer bestimmten Summe Geldes gerechnet werden kann [9]). Denn sonst war, falls der Beklagte nicht freiwillig erfüllte, das Judicium noch nothwendig, nicht rei judicandae, sondern rei aestimandae causa, d. h. um das an die Stelle des eigentlichen Klagobjekts tretende Interesse des Klägers zu bestimmen [10]).

Ein Fall dieser Art war die confessio in jure, d. h. wenn der Beklagte schon vor dem Prätor sich schuldig bekannte zu leisten, was der Kläger von ihm forderte, also den Grund der Klage einräumte, und keine Einreden vorschützte. Nun war über die faktischen Bedingungen des Rechtsstreits keine Untersuchung, also in dieser Beziehung auch das Judicium nicht mehr nothwendig. Und war auch das Objekt der Klage liquid, und von der Art, daß die Execution unmittelbar darauf gerichtet werden konnte, nehmlich certa pecunia, so galt der confessus pro judicato. Es bedurfte jetzt keines Judiciums, keines Urtheils mehr, da er sich gewissermaßen selbst verurtheilt hatte. Ja es war ein Judicium, also auch ein absolutorisches Urtheil nicht mehr möglich. Es stand also, wie durch res judicata oder wie durch Eid unabänderlich fest, daß der Be-

---

9) Vgl. oben S. 57. Note 126. und was gleich nachher für den Fall der confessio in jure gesagt werden wird. Deshalb ging auch das condemnatorische Urtheil immer auf eine Summe Geldes. Gaj. IV. §. 48. 52. und die actio judicati war immer auf certa pecunia gerichtet. L. 4. §. 3. D. de re judicata. Zur Beitreibung liquider Geldzahlungen dienten als Executionsmittel im ältesten Recht die manus injectio, später missio in possessionem und pignoris capio.

10) S. unten S. 267.

klagte schuldig sey zu zahlen, und es konnte nur die Execution erfolgen.

So finden wir es schon in dem ältesten Recht, nehmlich in der bekannten Stelle der zwölf Tafeln, worin das strenge Schuldverfahren durch manus injectio angeordnet wird [11]). Hier wird dem condemnirten Schuldner der geständige ganz gleich gestellt, aber nur dann, wenn er eine Geldschuld eingeräumt hat. Beiden wird eine gesetzliche Frist von 30 Tagen zur Anschaffung des Geldes bewilligt, dann aber dem Gläubiger erlaubt, durch manus injectio sich der Person seines Schuldners zu bemächtigen. Execution in das Vermögen fand damals wahrscheinlich überhaupt noch nicht statt [12]).

Diesen Grundsatz der zwölf Tafeln hat wahrscheinlich der Prätor in sein Edikt aufgenommen [13]). Wenigstens finden wir ihn mit geringen Modifikationen in der spätern Zeit wieder. So sagt im Allgemeinen Paulus sent. rec. V. 5a. §. 2.:

Confessi debitores pro judicatis habentur [14]),

und ein Rescript von Caracalla, L. un. C. h. t. knüpft daran die Folgerung, daß der Schuldner unbedingt an sein

---

11) „Aeris confessi rebusque jure judicatis triginta dies justi sunto; post deinde manus injectio esto“ u. s. w. bei Gellius noct. att. XX. 1. Vgl. Gaj. IV. §. 21.

12) S. Niebuhr Röm. Gesch. Bd. 2. S. 212—214.

13) Wahrscheinlich wird es durch die übereinstimmende Stellung der Lehre bei Paulus, in den Pandekten und im Codex.

14) Eben so viele andre Stellen. Noch allgemeiner gefaßt enthält die Regel L. 1. D. h. t. von Paulus: Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur, und sonst öfters.

Geständniß gebunden sey, und ohne alle Einwendung zur Zahlung genöthigt werden könne:

Confessos in jure pro judicatis haberi placet. Quare sine causa desideras, recedi a confessione tua, cum et solvere cogeris.

Auch Rechtsmittel werden ihm nicht mehr gestattet [15]), sondern wenn er innerhalb des tempus judicati nicht zahlt [16]), so verfügt der Prätor ohne Judicium [17]) die Execution, jedoch jetzt vorzugsweise in das Vermögen des

---

15) Paul. V. 5a. §. 5. Confessionem suam reus in duplum revocare non potest. Die in duplum revocatio war nehmlich ein Rechtsmittel zur Anfechtung von Urtheilen. Vgl. §. 7. 8. Cod. Greg. lib. X. tit. 1. c. 1. und Bynkershoek Obss. VI. 10. Vielleicht stand es in Verbindung mit dem Grundsatz der actio judicati, daß lis infitiando crescit in duplum. S. oben S. 114. Note 44. Dasselbe galt natürlich von der Appellation. Nur in integrum restitutio war möglich, wie gegen die res judicata. L. 6. §. 5. h. t.

16) L. 6. §. 6. D. h. t. L. 21. D. de judiciis. L. 31. D. de re judicata. L. 71. §. 2. D. de legat. 1. Paul. rec. sent. V. 5a. §. 2.

17) Paul. sent. rec. II. 1. §. 5. Si qui debitum quocunque modo confessus docetur, ex ea re creditori actio non datur, sed ad solutionem compellitur. Paulus hat zwar schwerlich so geschrieben, doch beweist die Stelle auch in dieser Zusammenziehung, daß aus der confessio in jure keine actio gegeben wurde, sondern unmittelbar Execution, anders als bei res judicata und Eid. Und zwar deshalb weil weder der Grund, noch der Gegenstand der Verbindlichkeit des Schuldners bei der confessio in jure zweifelhaft seyn konnte, während in jenen Fällen eine Ungewißheit der einen oder andern Art möglich, und deshalb häufig ein Judicium nothwendig war. Cujacius erklärt die Stelle des Paulus beschränkend und zieht die nachher zu erwähnende actio confessoria hierher; wie ich glaube, mit Unrecht.

Schuldners, durch die missio in possessionem [18]), oder pignoris capio [19]).

Bei allem diesem wird aber auch in dieser spätern Zeit vorausgesetzt, daß der Beklagte ein eigentliches debitum, dessen Gegenstand eine bestimmte Summe Geldes ist, eingeräumt habe. Nur dann war er dem Judicatus wirklich zu vergleichen, der allemal zu certa pecunia condemnirt wurde. So jedoch, daß dort wie hier das ursprüngliche Objekt der Klage incerta pecunia oder sonst eine Leistung gewesen seyn konnte. Ausdrücklich sagt dieß Ulpian in L. 6. D. h. t.

pr. Certum confessus pro judicato erit: incertum non erit.

§. 1. Si quis incertum confiteatur, vel corpus sit confessus, Stichum vel fundum dare se oportere: urgeri debet, ut certum confiteatur, item is, qui rem confessus est, ut certam quantitatem fateatur.

In dem principium scheint überhaupt nur Bestimmtheit des Objekts gefordert zu werden. Allein der Verlauf der Stelle zeigt, daß Ulpian auch dort schon voraussetze, daß die confessio wie die condemnatio, auf Geld gehe, weshalb er dann nur noch zu sagen brauchte, daß es eine bestimmte Summe Geldes seyn müsse. Denn nach §. 1. genügt das Schuldbekenntniß über dare einer speciell bestimmten Sache, was sonst für certum im eigentlichen

---

18) Nach Analogie des Judicatus. S. Gaj. III. §. 78. Auch cessio bonorum konnte eintreten. L. 8. D. de cess. bon.

19) Paul. V. 5a. §. 4. Eorum qui debita confessi sunt, pignora capi ac distrahi possunt. L. 31. D. de re jud. L. 9. C. de exsec. sent. (7, 53.).

Sinne gilt, nicht; der Beklagte muß sich zu einer Summe Geldes schuldig bekennen, die den Werth jener Sache ausdrückt. Genöthigt wird er dazu von dem Kläger und dem Prätor, nicht durch direkten Zwang, sondern nur indirekt, indem er im entgegengesetzten Fall das Judicium übernehmen, und die Condemnation erwarten muß, welche häufig noch nachtheiliger für ihn seyn wird [19a]).

Auf diesen einfachsten Fall blieb indeß das Recht der confessio in jure nicht beschränkt. Auch wenn sie nicht auf certa pecunia gerichtet, die Klage aber dadurch vollständig eingeräumt war, sollte das Gestandne wie res judicata unabänderlich für wahr gelten. Beendigt war der Prozeß freilich damit nicht, denn um die Execution möglich zu machen, mußte das Objekt der Klage in eine Summe Geldes verwandelt werden. Daher ein judicium angeordnet wurde, nicht rei judicandae, sondern rei aestimandae causa.

Schon in dem ältern Recht wurde dieß angenommen bei den Klagen, ubi lis infitiando crescit in duplum, insofern sie nicht ursprünglich auf certa pecunia gingen, also bei der actio legis Aquiliae, und der Klage aus Damnationslegat auf certa res [20]). Denn hier wurde

---

19a) Vgl. noch L. 4. C. de repud. hered. (6, 31.) Diocl. et Max. ... nec quod confessos in jure pro judicatis haberi placuit, ad vocem repudiantis hereditatem, sed ad certam quantitatem deberi confitentem pertinet.

20) Nicht kommen hier in Betracht die actio judicati und depensi, die von vorne herein auf Geld gerichtet sind. Durch diese 4 ist aber die Zahl dieser Klagen erschöpft nach Gaj. IV. §. 9. 171. Paul. rec. sent. I. 19. §. 1. Der 5te Fall des Paulus ge-

die Klagformel, wenn der Beklagte leugnete und den Kläger zum Beweise nöthigte, auf das Doppelte gerichtet; gestand er, auf das Einfache. War aber einmal die Formel auf das Geständniß des Beklagten gegründet, so war natürlich eine Zurücknahme desselben nicht mehr möglich. Also weil hier das Geständniß in die Formel aufgenommen werden mußte, und diese nach der litis contestatio unveränderlich war [20a]), so war auch jene confessio in jure für den Beklagten unbedingt bindend. Der Judex hatte daher den Grund der Klage jetzt nicht mehr zu untersuchen, sondern nur den Gegenstand durch Schätzung zu bestimmen.

In der That finden wir diese Grundsätze in den Quellen vorzugsweise auf die beiden vorhin erwähnten Klagen angewandt. So auf die actio legis Aquiliae [21]). Wenn hier der Beklagte den Grund der Klage z. B. servum alienum se occidisse, eingeräumt hat, so wird die actio gegen ihn auf das Simplum des Schadens gegeben. Bei dieser actio confessoria hat der Judex den Grund der Klage durchaus nicht mehr zu untersuchen, dieser ist durch die

---

hört offenbar eben so wenig zu diesen Klagen, als das depositum miserabile. Denn bei diesem letztern geht die Klage nicht bloß wegen des Ableugnens, sondern wegen jedes Dolus in duplum. Vgl. §. 17. Inst. de act. Collat. X. 7. Schulting zu Paul. l. c. Das Damnationslegat gehört übrigens nur dann zu diesen Klagen, wenn ein certum legirt ist. Gaj. IV. §. 9. §. 7. Inst. de obl. quasi ex contr. Theophil. h. l.

20a) Nur in integrum restitutio gegen die formula iniqua war möglich. L. 9. §. 2. D. de minorib.

21) L. 4. D. h. t. L. 23. §. 10. 11. L. 24. L. 25. L. 26. D. ad leg. Aquil. L. 20. pr. D. de interrog. in jure.

confessio gewiß, und der Beklagte durch die Formel an sein Geständniß gebunden. Der Richter hat nur noch den Schaden zu schätzen. Dieß sagt L. 25. §. 2. ad L. Aquil.

Notandum quod in hac actione, quae adversus confitentem datur, judex non rei judicandae, sed aestimandae datur: nam nullae sunt partes judicandi in confitentes.

Vorausgesetzt, daß die Partheyen sich über das Quantum nicht vereinigen können. Ist dieß der Fall, so ist durch die certi confessio jedes Judicium ausgeschlossen. Daher L. 26. D. eod. sagt:

Puta enim, quod qui convenitur, fateatur se occidisse, et paratus sit aestimationem solvere, et adversarius magni litem aestimat.

Ebenso bei dem Damnationslegat, wenn dieß auf certa res ging. Hatte der Erbe seine Verbindlichkeit in jure eingeräumt, so wurde die actio auf die einfache aestimatio gegeben [22]). Und der Judex mußte ihn nun condemniren, auch wenn es sich nachher zeigte, daß er das Legat nicht schuldig sey. Denn auch hier ist das Geschäft des Richters nicht mehr, über den eingestandnen Grund der Klage zu urtheilen, sondern nur den Werth des Objekts zu bestimmen. Hieraus erklärt sich L. 3. D. h. t. von Paulus:

Julianus ait confessum, certum se debere legatum, omnimodo damnandum, etiamsi in rerum natura non fuisset, et si jam a natura recessit:

---

22) L. 71. §. 3. D. de leg. 1. L. 61. D. ad leg. Falcid.

ita tamen, ut in aestimationem ejus damnetur: quia confessus pro judicato habetur [23]).

Zu bemerken ist hier zuvörderst, daß durch den Ausdruck debere ein Damnationslegat bezeichnet wird, und daß dessen Gegenstand eine res certa ist. Wenn der Erbe gestanden hat, daß er es schuldig sey, so ist er zu condemniren. Es ist also noch ein Judicium, eine condemnatio nöthig, nehmlich um der litis aestimatio willen. Auf den Grund der Klage sieht der Judex nicht mehr. Wenn also auch die legirte Sache nie existirt hat, oder untergegangen ist, wo der Erbe eigentlich nicht mehr haftet, so muß er ihn doch condemniren. Der Zusatz: ita tamen .. damnetur, ist wahrscheinlich interpolirt. Denn nach altem Recht verstand es sich von selbst, daß die Condemnation auf die aestimatio ging [24]).

Später ist man noch weiter gegangen, wie es scheint unter der Autorität eine Oratio D. Marci, und hat dasselbe bei allen Klagen angenommen. Ueberall wenn der Beklagte den Grund der Klage einräumt, und doch nicht leistet, soll die litis aestimatio durch einen Judex ermittelt werden. Da die Klagformel auch hier auf die confessio gegründet, und der Judex nicht befugt war, über

---

23) Aehnlich lautet L. 5. D. eod. von Ulpian, nur daß nicht ausdrücklich vom Legat die Rede ist. Qui Stichum se debere confessus est, sive mortuus jam Stichus erat, sive post litis contestationem decesserit, condemnandus est. Also litis contestatio und condemnatio folgt noch auf die confessio; aber es wird nicht mehr Rücksicht darauf genommen, ob der Beklagte wirklich schuldig war, sondern nur die litis aestimatio durch das Urtheil des Richters bestimmt. Vgl. jedoch L. 8. eod. unten Note 32.

24) Vgl. L. ult. C. de fid. lib. (7, 4.)

den Grund der Klage zu sprechen, so hatte auch hier das Geständniß die bindende Kraft der res judicata. Hauptstelle hierfür ist die oben angeführte L. 6. D. h. t. worin Ulpian in pr. §. 1. gesagt hatte, daß die confessio auf certa pecunia gerichtet seyn müsse, wenn der confessus pro judicato gelten soll. In §. 2. fährt er nun also fort:

> Sed et si fundum vindicem meum esse, tuque confessus sis, perinde habearis, atque si dominii mei fundum esse pronunciatum esset. Et si alia quacunque actione civili vel honoraria vel interdicto exhibitorio vel restitutorio vel prohibitorio, dum quis convenitur, confiteatur: dici potest, in his omnibus subsequi Praetorem voluntatem Orationis D. Marci debere; et omne omnino, quod quis confessus est, pro judicato haberi.

Also während er vorher sagte: daß eigentlich nur der certum confessus pro judicato sey, so sagt er hier: nach der Oratio D. Marci sey Alles (omne omnino) was ein Beklagter einräume, als rechtskräftig entschieden zu betrachten, d. h. es gelte für unabänderlich wahr. Aehnlich erklärt er sich in L. 56. D. de re judicata:

> Post rem judicatam, vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam nihil quaeritur post orationem D. Marci: quia in jure confessi pro judicatis habentur.

Ueber das in jure Gestandne wird keine weitere Untersuchung angestellt. Dieß gilt so allgemein erst seit der Oratio D. Marci. Den weitern Erfolg beschreibt er in der ersten Stelle folgendermaßen:

> Dabitur igitur ex his actionibus, ex quibus dies

datur ad restituendam rem, confesso tempus ad restitutionem [25]); et si non restituatur, lis aestimabitur.

Leistet oder restituirt der Beklagte nach der confessio nicht freiwillig, so verfügt der Prätor keine Execution, sondern ernennt einen Judex, der aber nur das Interesse zu bestimmen, nicht den Grund der Klage zu untersuchen hat.

Man hätte vielleicht noch weiter gehen und sagen können: Alles was eine Parthey, sey es der Kläger oder der Beklagte, über einzelne Punkte vor dem Prätor eingeräumt hat, soll in die Formel, die Instruction des Judex aufgenommen werden, und so, als wäre es rechtskräftig entschieden, unabänderlich feststehen. Allein dieß geschah nicht, ohne Zweifel deshalb, weil die Formeln ihrer allgemeinen Fassung nach den faktischen Erklärungen der Partheyen nicht so genau angepaßt werden konnten. Es blieb hier der Beurtheilung des Judex überlassen, wie viel Gewicht er einem solchen Geständniß beilegen wollte, und gewiß hörte er eine Parthey nicht so leicht, die ihre vor dem Prätor feierlich abgegebenen Erklärungen zurücknehmen wollte. Daß eine höhere Wirkung diesen Geständnissen über einzelne Punkte in der Regel nicht beigelegt wurde, bestätigt eine Ausnahme die wir unten in den interrogationes in jure kennen lernen werden. Ehe ich zu diesen übergehe, sind aber noch einige speziellere Grundsätze über die confessio in jure, ihre Bedingungen und Wirkung, nachzutragen.

---

25) Vgl. §. 2. Inst. de off. jud. L. 27. §. 4. D. de rei vind. L. 1. §. 1. D. de tab. exhib.

Was zuvörderst die Wirkung der confessio in jure betrifft, so können wir sie nach Allem bisher Angeführten so bestimmen: sie begründet förmliche Wahrheit, oder eine Fiktion unter den Partheyen [26]), wie die res judicata, wodurch jeder Widerruf des Beklagten, selbst mit dem Erbieten den Gegenbeweis zu führen, überhaupt die Berücksichtigung der wirklichen Wahrheit ganz ausgeschlossen ist. Bedenken erregt dagegen freilich was Ulpian in L. 2. D. h. t. sagt:

Non fatetur, qui errat, nisi jus ignoravit.

Denn wenn um jedes error facti willen die confessio ungültig seyn soll, so ist hierdurch gerade für die wichtigsten und entscheidensten Fälle die förmliche Wirkung derselben aufgehoben. Auf diese Weise stände diese Stelle nicht nur mit dem allgemeinen Princip der confessio in jure, sondern auch mit sehr bestimmten einzelnen Entscheidungen im Widerspruch [27]). Durch folgende Erklärung, glaube ich, wird dieser doppelte Widerspruch entfernt.

Jedem wird bei unsrer Stelle die ähnlich klingende Rechtsregel: non videntur, qui errant, consentire [28]) einfallen, und in der That besteht zwischen beiden Regeln nicht bloß eine Uebereinstimmung des Klanges, sondern eine innere Verwandtschaft. Wie bei den Verträgen, so wird auch bei der confessio eine Uebereinstimmung in dem Be-

---

26) Für Dritte wirkt sie natürlich nicht, denn ihre Wirkung ist, wie die der litis contestatio und res judicata, obligatorisch. L. 20. pr. D. de interrog. in jure.

27) Z. B. mit L. 23. §. 11. D. ad leg. Aquil. in Note 30.

28) L. 116. §. 2. D. de reg. jur. L. 57. D. de obl. et act. L. 15. D. de jurisdict.

wußtseyn beider Partheyen vorausgesetzt. Nur daß es dort ein übereinstimmendes Wollen, hier ein übereinstimmendes Wissen oder Meinen ist. Irrthum bei Einem oder bei Beiden hebt diese Uebereinstimmung auf, macht also den Vertrag und ebenso die confessio ungültig; das heißt, die confessio ist nicht bindend, wobei der Beklagte ganz andre als die wirklichen Behauptungen des Klägers einräumt. Ein Irrthum über diese macht sie ungültig, nicht aber ein Irrthum über die wahre Beschaffenheit der bestrittnen Thatsache. Jener Irrthum bezieht sich aber immer auf den faktischen, nicht auf den juristischen Theil der Behauptungen des Klägers. Daher Ulpian in unsrer Stelle sagt: Wer irrt, nehmlich über den Gegenstand des Streits, der kann nicht als geständig angesehen werden. Doch kann sich dieser Irrthum immer nur auf das Faktische beziehn. Irrthum und Unkenntniß in Beziehung auf Rechtssätze macht das Geständniß niemals ungültig.

Mit dieser Regel darf nicht in Verbindung gesetzt werden eine Beschränkung der förmlichen Wirkung der confessio in jure, wobei es auf Irrthum gar nicht ankommt [29]). Bei der actio legis Aquiliae nehmlich wird gesagt, wenn der Beklagte vor dem Prätor eingeräumt habe, daß der Sklave des Klägers von ihm getödtet oder verwundet worden sey, so hafte er zwar auch dann, wenn er beweisen

können,

---

29) Weber Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 79. folg. hat die L. 2. D. h. t. in dieser Verbindung zu erklären versucht, was ich für unrichtig halte. Denn bei dieser Erklärung wird jene Stelle willkührlich beschränkt, und in die gleich anzuführenden die Voraussetzung des Irrthums hineingetragen.

könne, daß ein Andrer die That begangen, nicht aber wenn er zeigen könne, daß der Sklave überhaupt nicht getödtet oder verwundet worden, also lebe, oder eines natürlichen Todes gestorben, oder unverletzt sey [30]). Eine ähnliche Begrenzung der förmlichen Wahrheit werden wir nachher bei den interrogationes in jure finden, und hier wird auch das allgemeine Princip derselben in L. 14. §. 1. D. de interrog. in jure so angegeben:

In totum autem ita ratae sunt confessiones, si id quod in confessionem venit, et jus et naturam recipere potest.

Also das physisch oder juristisch Unmögliche wird, wenn es den Inhalt einer sonst gültigen confessio bildet, doch von dem Richter nicht als wahr behandelt, wie ja auch das Urtheil, welches Unmögliches ausspricht, nicht bindet [31]). Nach derselben Regel sind auch andre Fälle zu entscheiden, die die Quellen nicht erwähnen. Ungültig ist wegen juristischer Unmöglichkeit z. B. das Geständniß, wodurch Jemand als Erbe ein Legat einräumt, wenn es sich

---

30) L. 23. §. 11. D. ad leg. Aquil. (Ulp.) Si quis hominem vivum falso confiteatur occidisse, et postea paratus sit ostendere, hominem vivum esse, Julianus scribit, cessare Aquiliam, quamvis confessus sit, se occidisse. hoc enim solum remittere actori confessoriam actionem, ne necesse habeat docere eum occidisse. ceterum occisum esse hominem a quocunque oportet. L. 24. (Paul.) Hoc apertius est circa vulneratum hominem: nam si confessus sit, se vulnerasse, nec sit vulneratus, aestimationem cujus vulneris faciemus? vel ad quod tempus recurremus? L. 25. pr. (Ulp.) Proinde si occisus quidem non sit, mortuus autem sit, magis est, ut non teneatur in mortuo, licet fassus sit. L. 4. D. h. t. (Paul.) ... si tamen occisus sit.

31) L. 3. pr. §. 1. D. quae sent. sine appell.

zeigt, daß der Testirer noch lebe, oder daß der legirte Sklave frei ist [32]).

Was die Bedingungen der confessio in jure betrifft, so ist hier die erste Frage, in welchen Sachen sie vorkommen könne? Nur in Civilsachen und auch nicht in allen, sondern nur bei Vermögensklagen. Ursprünglich schon deshalb, weil nur deren Objekt sich auf eine Summe Geldes reduciren läßt, worauf das Geständniß gerichtet seyn mußte, wenn es der res judicata gleich gelten sollte. Allein es hatte noch einen tiefern Grund, der auch für die spätere Zeit entschied. Die confessio in jure ist nehmlich einem Vertrage, insbesondre dem Vergleich nahe verwandt. Zwar ist es in der Regel bei der confessio nicht die Absicht der Partheyen, das streitige Rechtsverhältniß zu begründen, oder zu ändern, sondern nur es anzuerkennen. Allein es wird dadurch eine Fiktion begründet, mit welcher die praktischen Folgen des wirklichen Rechts verknüpft sind, und auf diese Weise steht es in der Macht der Partheyen, durch das Geständniß über das streitige Rechtsverhältniß gleichsam zu disponiren. Eben deshalb kann aber auch das Geständniß jene förmliche Wirkung nur bei solchen Rechtsverhältnissen haben, welche der Privatdisposition un-

---

32) Eben daraus erklärt sich auch wohl L. 8. D. h. t. (Paul.) Non omnimodo confessus condemnari debet rei nomine, quae an in rerum natura esset, incertum sit, welche L. 3. und L. 5. eod. nicht geradezu widerspricht, indem sie nur sagt, der Beklagte sey in diesem Fall nicht ohne Unterschied zu condemniren, es ließen sich Gründe denken, weshalb er absolvirt werden müsse. Diese Gründe sind freilich nicht angegeben. Doch dürften es solche seyn, die mit dem im Text erwähnten Princip in Verbindung stehen.

terliegen. Und dieß sind nur die Verhältnisse des Vermögensrechts, die einen rein privatrechtlichen Charakter haben. Ausgeschlossen sind hierdurch die Familienverhältnisse und Standesrechte, die zur Hälfte dem jus publicum angehören. Auch ist in diesen Verhältnissen die förmliche Wahrheit nur absolut, d. h. nach allen Seiten wirkend denkbar. Eine so umfassende Wirksamkeit aber konnte wohl dem richterlichen Urtheil [33]), nicht der confessio in jure als einer obligatorischen Partheyhandlung beigelegt werden [34]).

Die Erfordernisse der confessio selbst sind folgende. Sie ist nach dem früher Gesagten ein Geständniß des Beklagten, wodurch dieser den Anspruch des Klägers als begründet anerkennt, sich ohne alle Einschränkung für schuldig erklärt zu leisten, was jener fordert. Meistens war sie daher auf das Recht des Klägers gerichtet: se debere, se dare oportere, rem ejus esse; selten auf das diesem Recht zum Grunde liegende Faktum, z. B. se occidisse. Erforderniß ihrer Gültigkeit in Rücksicht des Inhalts ist nur Bestimmtheit und Möglichkeit des Ausgesagten. Zur Form gehört 1) daß der Beklagte dieß Geständniß persönlich, nicht durch einen Stellvertreter ablegt [35]). Das heißt: durch die confessio des Repräsentanten wird der Dominus so wenig unmittelbar obligirt,

---

33) L. 25. D. de statu hom. L. 3. pr. D. de agnosc. liberis.

34) Daß bei Klagen dieser Art das Geständniß die Untersuchung der wirklichen Wahrheit nie ausschloß, sagen L. 6. L. 24. L. 39. C. de lib. causa (7, 16.). L. 27. D. de statu hominum.

35) L. 6. §. 4. D. h. t. (Ulp.) Sed an et ipsos procuratores, vel tutores vel curatores fateri sufficiat, videamus? Et non puto sufficere.

wie durch dessen promissio oder litis contestatio. Also kann die confessio eigentlich nicht durch einen Stellvertreter geschehen. Allein der Repräsentant des Beklagten kann durch die confessio an dessen Stelle sich obligiren, und die Klage übernehmen, wodurch denn der Dominus wie durch die litis contestatio des Defensors liberirt ist [36]). 2) Vor dem Prätor oder in jure, nicht vor dem Judex [37]). 3) In Gegenwart des Klägers oder seines Repräsentanten [38]).

Als obligatorische Handlung fordert sie vollständige Handlungsfähigkeit des Beklagten. Daher der Pupill und Minor die Mitwirkung ihres Vormundes bedürfen [39]).

Ich komme nun auf die interrogationes in jure [40]). Deren Begriff und Bedeutung war folgende. Der Prätor [41]) erlaubte dem Kläger über gewisse Bedingungen seiner Klage, die nach dem Sprachgebrauch der Neuern zur Passivlegitimation gehören, und über die er,

---

36) Der Repräsentant mußte wohl eigentlich die confessio auf sich selbst richten, z. B. se occidisse. Richtete er sie aber auf den Dominus (dominum absentem occidisse), so wurde doch eine actio utilis gegen ihn gegeben. L. 20. pr. D. de interrog. in jure. L. 25. §. 1. D. ad leg. Aquil.

37) S. besonders L. un. C. h. t. L. 56. D. de re jud.

38) L. 6. §. 3. D. h. t.

39) L. 6. §. 5. D. h. t. Vgl. L. 1. §. 3. 4. D. de adm. tut. L. 2. C. qui legit. pers. (3, 6.) Außerdem werden sie auch in integrum restituirt. L. 6. §. 5. cit. Vgl. L. 9. §. 2. D. de minoribus.

40) Dig. 11, 1. de interrogationibus in jure faciendis, et interrogatoriis actionibus.

41) Durch eine eigne Stelle seines Edikts. S. L. 2. L. 4. pr. L. 11. §. 5. D. h. t.

um seine Klage danach einzurichten, vor dem Judicium bestimmte Kunde haben mußte, in jure förmliche Fragen an den Beklagten zu richten, und nöthigte diesen bestimmt darauf zu antworten. Die Antwort galt dann unbedingt gegen den Beklagten, begründete, wie die confessio in jure, eine Fiktion.

Der Hauptfall, für welchen die ganze Sache ursprünglich eingeführt seyn mag, ist der, wenn der Beklagte als Erbe auf ein certum belangt wird. Da nehmlich hier in der intentio der Formel der Gegenstand der Forderung genau bezeichnet werden mußte [42]), der Erbe aber nur nach Verhältniß seines Erbtheils haftete, und dieser dem Kläger selten genau bekannt war, so lief er Gefahr, durch plus petitio die Sache zu verlieren [43]). Auch mußte er als Grund seiner Klage, oder als Passivlegitimation beweisen, daß der Beklagte Erbe seines ursprünglichen Schuldners geworden sey, ein Beweis, der ihm häufig schwer fallen mußte [44]). In beiden Beziehungen diente ihm die interrogatio: an heres sit? [45]) und: qua ex parte heres sit? [46])

---

42) Vgl. Gaj. IV. §. 53. S. oben S. 38. Note 85.

43) L. 1. pr. D. h. t. (Callistr.) Est autem tunc interrogatio necessaria, cum in personam sit actio, et ita si certum petetur: ne dum ignoret actor, qua ex parte adversarius defuncto heres exstiterit, interdum plus petendo aliquid damni sentiat. Der Schluß ist interpolirt, statt: plus petendo causa cadat. Vgl. deshalb Gaj. IV. §. 53. 56. Bei einer intentio incerta war plus petitio unmöglich, also in dieser Beziehung auch kein Bedürfniß für die interrogatio.

44) L. 2. L. 3. h. t.

45) L. 2. L. 3. L. 5. L. 6. L. 9. pr §. 3. 4. 5. 7. D. h. t.

46) L. 1. pr. L. 5. L. 9. §. 4. 5. L. 11. §. 1. 2. 3. D.

Aus ähnlichen Gründen wurde bei actiones noxales und der actio de pauperie, der Beklagte förmlich befragt, ob der Sklave oder filiusfamilias, der das Delict begangen, in seiner potestas, das beschädigende Thier in seinem Eigenthum sey [47]); vielleicht auch bei der actio de peculio, ob und wie weit er das Peculium in Händen habe [48]). Endlich hatte sich der Prätor überhaupt vorbehalten, wo es ihm nöthig und billig scheinen werde, solche interrogationes eintreten zu lassen [49]). Daher kommen sie auch noch in zwei Fällen vor, wo nach der Natur der Rechtsverhältnisse nicht die gewöhnliche, sondern eine eigenthümliche Behandlungsweise eintreten mußte. Nehmlich bei der actio in rem kann an den Beklagten die Frage gerichtet werden, ob er die Sache besitze, und zu welchem Theil [50]), und bei der cautio damni infecti, ob und zu welchem Theil er Eigenthümer des Grundstücks sey, von welchem der Schaden droht [51]).

Diese Fragen werden bei der Instruktion der Sache in jure [52]) von dem Kläger selbst, oder dem Prätor [53])

---

eod. Auch quo jure heres sit? konnte er fragen, wenn er ein Interesse hatte. L. 9. §. 6. D. eod.

47) L. 5. 7. 8. 15. D. h. t.

48) L. 9. §. 8. D. eod.

49) L. 21. D. h. t. (Ulp.) Ubicumque judicem aequitas moverit, aeque fieri interrogationem, dubium non est. Vgl. L. 11. pr. eod.

50) L. 20. §. 1. D. h. t. Vielleicht auch nach dem Titel des Besitzes, um danach die actio in rem specialis oder die hereditatis petitio anzustellen. L. 11. C. de pet. her. (3, 31.)

51) L. 10. L. 20. §. 2. D. h. t.

52) L. 4. §. 1. D. h. t.

53) L. 9. §. 1. L. 11. §. 9. D. eod.

an den Beklagten gerichtet, und dieser ist dann verpflichtet, sich bestimmt darüber zu erklären [54]). Doch hat sein Geständniß auch ohne vorhergehende Frage dieselbe Wirkung [55]).

Die Erklärung des Beklagten gilt nehmlich zu seinem Nachtheil als förmliche Wahrheit, ohne daß zu seinen Gunsten das wirkliche Recht noch beachtet würde [56]), wenn nur seine Aussage nichts physisch oder juristisch Unmögliches enthält [57]). Damit ist also auch eine neue Verbindlichkeit für den Beklagten begründet, die, weil sie auf dessen Willen beruht, einer Contractsobligation verglichen wird [58]). Doch ist damit die Sache nicht zu Ende. Es kommt noch zum Judicium, zur actio, die in Rücksicht jenes Passivlegitimationspunktes auf die interrogatio und confessio gegründet wird, und deshalb actio interrogatoria heißt [59]). Hierin liegt der eigentliche Grund, weshalb jenes Geständniß den Beklagten unabänderlich bindet. Der Prätor hatte eigne Formeln aufgestellt, in die er jene confessio aufnahm. Der Beklagte haftet nun als Erbe und zu dem angegebenen Theil, auch wenn er zu geringerem Theil oder gar nicht Erbe ist [60]). Er haftet der

---

54) Nur eine Frist wird ihm zuweilen gestattet, weil es nicht gewiß oder noch unentschieden ist, ob er Erbe sey u. s. w. L. 5. L. 6. D. h. t.

55) L. 9. pr. D. h. t.

56) L. 11. §. 1. D. h. t. .. fides ei contra se habetur.

57) L. 13. L. 14. L. 16. D. h. t. S. oben S. 273.

58) L. 11. §. 9. D. h. t. Qui interrogatus responderit, sic tenetur, quasi ex contractu obligatus.

59) Rubr. tit. Dig. cit. und L. 1. §. 1. L. 22. D. eod.

60) L. 11. §. 1. 2. L. 6. §. 1. L. 12. pr. D. h. t.

actio noxalis und de pauperie, als wenn er wirklich Eigenthümer des Sklaven oder des Thiers wäre, obgleich er es nicht ist [61]). Der Kläger ist des Beweises hierüber überhoben, der Beklagte wird mit dem Gegenbeweise nicht mehr gehört. Die übrigen Thatsachen, auf welchen die Klage beruht, sind noch Gegenstand der Untersuchung, worauf die Condemnation oder Absolution erfolgt. Daher sind auch dem Beklagten seine Einreden nicht verloren [62]).

Auch hat der Beklagte sich durch dieß Geständniß nur dem Kläger obligirt. Dritte können sich gegen ihn nicht darauf berufen [63]). Und aus demselben Grunde ist, wenn ein Nichtschuldner durch eine solche confessio die Verbindlichkeit übernommen und selbst erfüllt hat, der wahre Schuldner in der Regel dadurch nicht liberirt [64]), es müßte denn jener als sein Stellvertreter gehandelt haben [65]).

---

61) L. 7. 8. 15. D. eod.

62) L. 12. §. 1. D. h. t.

63) L. 22. D. eod.

64) Nur bei den actiones noxales wird der wahre Eigenthümer liberirt, gerade so als wenn sie beide Miteigenthümer des Sklaven wären. L. 26. §. 3. D. de nox. act. L. 20. pr. D. h. t. (Paul.) Qui servum alienum responderit suum esse, si noxali judicio conventus sit, dominum non liberat. aliter atque si confessus sit se occidisse servum, quem alius occidit, vel si quis responderit, se heredem: nam his casibus non liberatur qui fecit, vel qui heres est. Nec haec inter se contraria sunt. Nam superiore casu ex persona servi duo tenentur, sicut in servo communi dicimus, ubi altero convento alter quoque liberatur. at is qui confitetur, se occidisse vel vulnerasse, suo nomine tenetur. nec debet impunitum esse delictum ejus qui fecit, propter eum qui respondit Dieser letzte Fall gehört oben zur confessio in jure.

65) L. 20. pr. cit. fährt fort: nisi quasi defensor ejus qui

Zum Nachtheil des Klägers gilt die Aussage des Beklagten nicht. Er kann sich auf das wirkliche Recht berufen. Und wenn der Beklagte überführt wird, die Unwahrheit gesagt zu haben, so trifft ihn eine eigenthümliche Strafe. Er haftet nehmlich jetzt ohne Unterschied in solidum, d. h. als heres ex asse, ohne noxae datio u. s. w. [66]). Dasselbe gilt, wenn er gar nicht [67]), oder unbestimmt geantwortet hat [68]). Durch die Furcht vor diesen Strafen suchte ihn der Prätor zur Antwort und zur Aussage der Wahrheit zu nöthigen.

Der Beklagte contrahirt also in dem einen und andern Fall, wenn er gesteht, oder leugnet und überführt wird, eine neue Verbindlichkeit [69]). Nur ex justa causa, besonders um eines justus error willen, kommt ihm

---

admisit vel heredis litem subiit hoc genere: tunc enim in factum exceptione data, summovendus est actor, quia ille negotiorum gestorum, vel mandati actione recepturus est, quod praestitit. Idem est in eo qui mandatu heredis heredem se esse responderit, vel cum eum alias defendere vellet. Der Stellvertreter des Beklagten muß auf die interrogationes antworten, dieß gehört zur vollständigen defensio, und die Antwort konnte, wie bei der confessio in jure, auf den Dominus oder auf den Procurator gerichtet werden. Auf alle Weise wird aber nur dieser letzte dadurch obligirt, und der Dominus liberirt. Es ist privative Interceſſion wie die litis contestatio des Defensors. L. 39. D. de procur. L. 9. §. 3. 4. L. 18. L. 20. pr. D. h. t.

66) L. 11. §. 3. L. 17. D. h. t. L. 1. §. 15. D. si quadrupes. L. 22. §. 4. L. 26. §. 5. D. de nox. act.

67) L. 11. §. 4. 5. D. h. t.

68) L. 11. §. 7. D. eod.

69) L. 4. pr. L. 11. §. 9. D. eod.

der Prätor durch in integrum restitutio zu Hülfe [70]), oder erlaubt ihm, seine Erklärung zurückzunehmen [71]).

Einen eigenthümlichen Gang nimmt die Sache in den schon vorhin ausgezeichneten zwei Fällen. 1) Bei der actio in rem hat die Aussage des Beklagten, daß er besitze, zwar zur Folge, daß er als fictus possessor haftet; aber nicht wie der wirkliche Besitzer zur vollen litis aestimatio, sondern nur zum Ersatz des durch seinen Betrug dem Kläger verursachten Schadens [72]). Leugnet er den Besitz und wird überführt, so wird er als ein solcher behandelt, der die Sache nicht gehörig vertreten habe. Der Kläger wird in possessionem mittirt, und jenem überlassen zu klagen [73]). 2) Bei der cautio damni infecti geht es so. Erklärt derjenige, von welchem sie gefordert

---

70) L. 11. §. 8. 10. 11. L. 12. pr. h. t. Culpa levis wird hier entschuldigt.

71) L. 11. §. 12. D. h. t. Dieß nur vor der litis contestatio, nachher ist nur noch in integrum restitutio möglich L. 26. §. 5. D. de nox. act.

72) Diese Verbindlichkeit dessen qui liti se obtulit scheint ursprünglich auf der clausula doli der satisdatio judicatum solvi beruht zu haben, nach L. 45. D. de her. pet. Doch haftete er auch ohne diese der actio de dolo. L. 39. D. de dolo malo.

73) L. 20. §. 1. D. h. t. L. 80. D de rei vind. Nov. 18. c. 10. Man behandelt dieß gewöhnlich als etwas ganz Singuläres. Ich glaube, daß es nur eine Anwendung der missio in possessionem ist, die bei allen actiones in rem vorkommt, wenn der Besitzer die Klage nicht übernehmen will. Vgl. L. 7. §. 16—19. D. quib. ex caus. in poss. L. 8. C. quomodo et quando judex (7, 43.). L. 2. C. ubi in rem actio (3, 19.). L. un. C. uti poss. (8, 6.) L. 8. §. 3. C. de praescr. 30. L. 15. D. de operis novi nunc. L. 60. §. 1. D. de usufructu. Heutzutage ist sie freilich in andern Fällen nicht mehr praktisch.

wird, er sey Eigenthümer des Grundstücks, so wird er zur Cautionsleistung genöthigt. Leugnet er es, so muß er das Grundstück dem Gegner räumen [74]).

Es sind nun noch die andern Fälle des gerichtlichen Geständnisses zu betrachten, die nicht zur eigentlichen confessio in jure, noch zu den interrogationes in jure faciendae gehören. Dahin sind zuvörderst zu rechnen alle übrigen Erklärungen der Partheyen vor dem Prätor. Diese waren, wie es schon früher bemerkt wurde, nicht unwiderruflich. Denn die Ursachen, welche in jenen Fällen die Unwiderruflichkeit des Geständnisses begründeten, fielen hier weg. Es war damit weder die ganze Sache beendigt [75]), noch wurde die Formel darnach gefaßt. Daß aber das Ansehen des Magistratus es gefordert, das vor ihm Erklärte für unwiderruflich zu halten, wie Neuere wohl angenommen haben, davon finde ich in den Quellen nichts, ja es steht dieser Behauptung entgegen, daß Geständnisse, die bei einer extraordinaria cognitio vor dem Prätor abgelegt sind, zurückgenommen werden können, wie wir unten sehen werden. Solche Erklärungen in jure hatten daher keine höhere Kraft als diejenigen, die vor dem Judex vorkamen.

Ueber die Geständnisse in judicio wird uns bestimmt

---

74) L. 10. L. 20. §. 2. D. h. t. Es ist zwar hier von Tradition die Rede. Ohne Zweifel ist dieß aber nichts andres, als die missio in possessionem.

75) Den oben erwähnten Fall ausgenommen, daß der Kläger die Einreden des Beklagten einräumte. Dann wurde er schon vom Prätor abgewiesen, und mit der nochmaligen Klage gewiß nicht gehört.

gesagt, daß sie nicht die förmlichen Bedingungen der confessio in jure hatten [76]). Schon hieraus können wir schließen, daß auch ihre förmlichen Wirkungen nicht damit verbunden waren. Und es bestätigt es der ganze Zusammenhang der Sache. Der Judex nehmlich mußte seine Richterfunctionen allemal mit einer förmlichen Sentenz beschließen [77]). Daher konnte der in judicio confessus nicht pro judicato gelten, und es war keine Veranlassung, das Geständniß für unwiderruflich zu erklären. Wie viel Gewicht ihm beizulegen sey, war, wie der Beweis überhaupt, ganz der Beurtheilung des Judex überlassen, daher wir in den Quellen darüber keine nähern Regeln finden. Doch dürfen wir annehmen, daß der Judex auf das Geständniß einer Parthey sein Urtheil ohne Weiteres gründete [78]), und daß nur ein Gegenbeweis vor beendigter Sache dem Geständigen offen stand. Dieß letztere liegt in den Grundsätzen über Berichtigung eines Irrthums der Advocaten [79])., wovon noch unten die Rede seyn wird, und wird in einer Stelle des spätern Rechts anerkannt, die in dieser Beziehung auch für das ältere Recht beweist [80]).

---

76) Paul. rec. sent. V. 5a. §. 3. Confiteri quis in judicio non tantum sua voce, sed et litteris et quocunque modo potest: convinci autem (nehmlich wenn er leugnet) non nisi scriptura aut testibus potest.

77) L. 74. pr. D. de judiciis (Julian.). De qua re cognoverit judex, pronunciare quoque cogendus est. Vgl. L. 1. L. 55. D. de re jud.

78) Vgl. Cic. pro Quinctio c. 24. L. 5. C. de transact.

79) Cod. 2, 10. de errore advocatorum.

80) L. 7. C. de juris et facti ign. (1, 18.) Const. et Maxim. Error facti, necdum finito negotio, nemini nocet. Nam causa decisa velamento tali non instauratur.

Noch entscheidender ist endlich die Analogie der extraordinaria cognitio, für welche wir ein älteres Zeugniß haben in L. 7. D. de confessis von Afrikan [81]):

Cum fideicommissum peteretur, heres confessus est debere: arbiter ad restituendum datus, comperit, nihil deberi: quaesitum est, an possit absolvere? Respondi, posse interesse, qua ex causa nihil debeatur. Nam si ob id, quod nullum fideicommissum fuerit: non debere eum absolvere. Si vero quia testator forte solvendo non erat, aut quod heres omne solutum esse apud Praetorem dixerat, et cum controversia et computatio difficilior esset, arbiter datus fuerit: salvo officio eum absoluturum. has enim partes ejus esse, ut si in computatione nihil inveniatur, possit absolvere: sed et ex superiore casu ad Praetorem remittere debeat, ut absolvatur.

Durch einen deputirten Privatrichter verwickeltere Sachen untersuchen und entscheiden zu lassen, war bei den Römern eine so gewöhnliche Form, daß der Prätor auch solche Geschäfte, wozu ein eigentlicher Judex nicht ernannt zu werden pflegte, einem Arbiter, als seinem Commissarius übertrug, insbesondere Executionen, und die etwa vorher nothwendig werdende Liquidation [82]). So wurden

---

81) Vgl. Cujac. in African. 5. in fine.

82) Ein solcher heißt bald arbiter, bald executor. L. un. §. 1. C. Th. de litig. (4, 5.) ... post examen judicis in supplementum pronunciationis dentur arbitri, qui non jam arbitri, sed exsecutores putandi sunt. L. 3. §. 8. D. de negot. gestis. L. 6. L. 8. C. de exsecut. rei jud. Auch den Verkauf der pignora capta be-

Fideicommisse zwar extra ordinem eingeklagt [83]), allein faktische Dunkelheiten der Sache, auf deren Erörterung der Prätor sich nicht einlassen konnte, veranlaßten häufig die Bestellung eines solchen Arbiter [84]). In dem Fall unsrer Stelle hatte der Erbe vor dem Prätor das Fideicommiß anerkannt, und es war ad restituendum, d. h. eben zum Behuf der Execution und Liquidation [85]) ein Arbiter ernannt worden. Dieser findet nun daß der Erbe nichts schuldig sey, und es fragt sich ob er ihn absolviren könne, ob dieß in seiner Macht, in seinem Officium liege? Afrikanus sagt, es komme darauf an, aus welchem Grunde der Erbe nichts schuldig sey? Ueberzeuge sich der Arbiter von dem Nichtdaseyn oder der rechtlichen Ungültigkeit des Fideicomisses selbst, so könne er nicht absolviren. Denn über den Grund der Forderung habe er nicht zu sprechen [86]),

---

sorgte ein solcher Executor. L. 49. D. famil. ercisc. Doch bediente sich dazu der Prätor auch seiner apparitores. L. 50. D. de evict. — Arbitri, die auf ähnliche Weise zu andern Zwecken vom Prätor gegeben werden, kommen vor in L. 9. D. qui satisd. cog. L. 13. §. 1. 2. D. de serv. praed. rust. Vgl. Brisson. v. arbiter n. 3. Sie kommen häufig dem Arbitrator und unsern Kunstverständigen nahe.

83) Gaj. II. §. 278. Ulp. XXV. §. 12.

84) Vgl. z. B. L. 109. §. 1. D. de leg. 1. L. 12. D. de leg. 3. L. 37. D. de fid. lib.

85) Vgl. L. 3. C. Th. fin. reg. (2, 26.) .... et si socius quid petat a socio, ante Praeses judicet, an praestari aliquid oporteat, et tunc demum illud per arbitros restituatur, quod constiterit esse solvendum. — Eine Liquidation und Berechnung konnte bei dem Fideicommiß aus verschiednen Gründen nothwendig seyn, wovon einige unsre Stelle selbst erwähnt. Ein andrer war die quarta Falcidia.

86) Vgl. L. 6. C. de exsecut. rei jud.

sondern nur die Restitution anzuordnen, und ihren Gegenstand zu bestimmen. Wenn er aber finde, daß nichts da sey, was restituirt werden könnte und müßte, weil die Erbschaft insolvend ist, oder weil der Erbe den Erbschaftsgläubigern schon so viel gezahlt hat, als das Activvermögen beträgt, so sey es recht eigentlich seines Amtes den Erben zu absolviren. Doch müsse er auch in dem ersten Fall die Sache dem Prätor remittiren, damit dieser den Erben absolvire.

Nur dieß letzte geht uns eigentlich hier an. Es geht daraus hervor, daß in der extraordinaria cognitio das Geständniß der Schuld den Beklagten nicht unbedingt band, keine unwiderrufliche Fiktion begründete, sondern daß der Prätor zwar ein condemnatorisches Urtheil darauf gründen konnte, wenn aber im Lauf des Prozesses das Gegentheil dargethan wurde, den Beklagten noch absolvirte.

Bei den bisher über das gerichtliche Geständniß angestellten Untersuchungen, bin ich von dem Standpunkt des ältern Rechts ausgegangen, und habe auch die Stellen der Justinianischen Compilation in dieser Beziehung benutzt. Es fragt sich nun aber, wie es im Justinianischen Rechte damit sey? Diese Frage hat hier, wie in andern Theilen des Prozesses, große Schwierigkeit. Die ältere Gerichtsverfassung mit welcher die eigenthümlichen Grundsätze der confessio und der interrogationes in jure genau zusammenhingen, war längst durch eine andere verdrängt worden, welche mit dem Verfahren extra ordinem die meiste Aehnlichkeit hatte. Man möchte also vermuthen, daß jene älteren Grundsätze mit verschwunden seyen. Wir finden sie aber in die Justinianische Compilation vollständig aufge-

nommen. Nur von den interrogationes wird bemerkt, daß sie ihre ursprüngliche Bedeutung verloren hätten, ohne daß aber ihr Verhältniß zum neuern Prozeß recht klar wird [87]). Wir sind daher genöthigt anzunehmen, daß die Compilatoren in dieser Materie die älteren Quellen dem neuern Recht nicht recht angepaßt haben, und müssen uns dahin bescheiden, daß, wenn in der spätern Praxis ein festes und consequentes System angenommen wurde, wir doch dasselbe aus Justinians Gesetzgebung nicht erkennen können.

Ueber das außergerichtliche Geständniß enthalten die Quellen des Römischen Rechts eben so wenig durchgreifende Rechtsregeln, als über die Beweiskraft anderer Beweismittel. Und zwar aus dem früher angeführten Grunde, weil in der That diese Frage sich im Allgemeinen nicht bestimmen läßt, und der Judex in der faktischen Beurtheilung durchaus nicht beschränkt seyn sollte. Nur gelegentlich kommt es in einzelnen Anwendungen vor, wo seine Beweiskraft mehr vorausgesetzt, als ausdrücklich vorgeschrieben wird. Am häufigsten wird das Schuldbekenntniß er-

87) L. 1. §. 1. D. de interrog. in jure (Callistr.), die offenbar interpolirt ist, sagt: Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur: quia nemo cogitur ante judicium de suo jure aliquid respondere. ideoque minus frequentantur et in desuetudinem abierunt: sed tantummodo ad probationes litigatoribus sufficiunt ea, quae ab adversa parte expressa fuerint apud judices, vel in hereditatibus, vel in aliis rebus, quae in causis vertuntur. Vgl. L. 21. D. eod. Hiernach scheint es, daß die interrogationes als etwas Eigenthümliches ganz aufgehoben seyen. Und dennoch werden die Grundsätze des alten Rechts in dem Pandektentitel vorgetragen.

erwähnt, theils um es vom Vertrag als Entstehungsgrund der Obligation zu scheiden [88]), theils um einiger eigenthümlichen Grundsätze willen, die hier eintreten, und die wir nicht übergehen dürfen.

Die gewöhnlichste Art des Schuldbekenntnisses im neuern Römischen Recht ist die cautio, eine über die Stipulation errichtete Urkunde, wodurch diese als selbstständige causa debendi, vollständig bewiesen ist [89]). Sehr oft schließt sich aber die Stipulation an ein andres Schuldverhältniß an, welches dadurch bestärkt oder näher bestimmt werden soll, und von dessen Gültigkeit dann auch ihre Wirksamkeit abhängig ist. Der Schuldner hat nehmlich,

---

88) Dieser so einfache Unterschied ist von vielen Schriftstellern über das Römische Recht übersehen worden. Es bezieht sich darauf L. 26. §. 2. D. depositi (Paul.) .... Respondit ex epistola, de qua quaeritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse. L. 26. D. de donat. Nuda ratio non facit debitorem ... L. 31. D. de probat. (Scaev.) Commemorationem in chirographo pecuniarum, quae ex alia causa deberi dicuntur, factam vim obligationis non habere. Diese Stelle enthält indeß eine ziemlich deutliche Hinweisung auf einen Fall, wo beides, Schuldbekenntniß und causa debendi zusammenfällt, nehmlich die chirographae und syngraphae des ältern Rechts (Gaj. III. §. 134. 131.), so wie bei der literarum obligatio des Justinianischen Rechts. Auch kann es in facto zweifelhaft seyn, ob ein Schuldbekenntniß oder eine neue causa debendi vorhanden sey. Der Ausdruck confessio, oder professio entscheidet hierbei nicht. S. L. 20. §. 1. D. de donat. L. 40. pr. D. de pactis. L. 31. D. de pec. const.

89) Paul. rec. sent. V. 7. §. 2. §. 17. Inst. de inutil. stip. L. 7. §. 12. D. de pactis. L. 134. §. 2. L. 30. D. de verb. obl. §. 8. Inst. de fidejuss. Doch ist natürlich Gegenbeweis möglich, z. B. der Beweis des alibi §. 12. Inst. de inut. stip.

wenn jenes Schuldverhältniß nicht wirklich existirt, gegen die Klage aus der Stipulation, welche stricto jure haftet, die exceptio doli. Der Beweis dieser wie jeder andern Einrede müßte eigentlich vom Beklagten gefordert werden. Allein hier tritt Etwas besonderes ein. Der Kläger muß allgemein den Beweis der causa debendi führen, welche der Stipulation zum Grunde liegt, nicht der Beklagte den Beweis der Negative. Der Grund dieser Anomalie lag ohne Zweifel darin, daß die Stipulation hier, nach einer mehr faktischen Ansicht, nicht selbstständige causa debendi ist, sondern nur als Form jener andern Obligation dient. Daher diese, die causa stipulationis, als Klaggrund behandelt wird. Ist jene causa stipulationis in der cautio bestimmt angegeben, so hat freilich der Kläger in diesem Geständnisse des Schuldners ein vollständiges Beweismittel. Fehlt es daran, so muß er diesen Beweis auf andre Art zu führen suchen [90]). Nur bei Darlehen,

---

90) L. 25. §. 4. D. de probat. (Paul.) Sed haec ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin autem cautio indebite (oder sine causa) exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur: tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit: nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit. Tunc enim stare eum oportet suae confessioni: nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse. Die Stelle (welche bekanntlich interpolirt, aber für unsern Zweck deshalb nicht weniger beweisend ist) ist nicht so zu nehmen, als wenn bei jeder Stipulation der Gläubiger eine causa stipulationis, als Schenkung oder Darlehn oder dergl. beweisen müsse, sondern nur auf den Fall zu beziehen, wo sie unbestritten um eines andern Schuldverhältnisses willen geschlossen ist, wo der Kläger dieß zugesteht, oder die cautio es aus-

Dos und ähnlichen Contrakten soll nach dem Grundsatz der non numerata pecunia das Hingeben, wodurch der Empfänger zur Rückgabe verpflichtet wird, während gewisser Zeit nicht aus der cautio bewiesen werden können, nach Ablauf dieser Zeit aber jene Urkunde so vollständige Beweiskraft erlangen, daß selbst der Gegenbeweis ausgeschlossen ist [91]). Dasselbe ist dann auch auf den simplen Empfangsschein ohne Stipulation [92]) und auf Quittungen [92a]) übertragen worden.

Aus diesen Vorschriften über die cautio leitet man gewöhnlich den Grundsatz ab, daß ein Schuldbekenntniß, wenn es vollständig beweisen soll, die causa debendi enthalten müsse. Wenn derselbe auch nirgends ausgesprochen wäre, so ist doch nicht zu bezweifeln, daß er in den Römischen Gerichten gegolten habe. Und zwar aus dem Grunde, weil durch die causa debendi die Obligation erst individuell bestimmt und chrakterisirt, also auch erst vollständig bewiesen ist. Woraus indeß nicht folgt, daß

---

sagt, ohne aber dieß Schuldverhältniß näher zu bezeichnen. Dieß heißt: indiscrete loquitur. So versteht die Stelle schon Azo App. in L. 13. C. de n. n. pec. Daß durch die cautio die causa stipulationis in der Regel vollständig bewiesen, und nur Gegenbeweis möglich sey, sagt auch Justinian in L. 13 C. de non num. pec. (4, 30.) Daß dieser Gegenbeweis auch durch Urkunden geführt werden müsse, ist seine Vorschrift, die in L. 25. §. 4. cit. interpolirt ist.

91) L. 3. L. 10. C. de non num. pec. Gewöhnlich beschränkt man auch die Regel über die Beweislast auf diesen Fall, allein nach den in der vorigen Note angeführten Stellen mit Unrecht.

92) Inst. 3, 21. de literarum obligatione ..... cessante scilicet verborum obligatione ..

92a) L. 14. §. 2. C. de n. n. pec.

ein Schuldbekenntniß ohne causa debendi, bei einem Römischen Judex gar nichts gegolten habe. Bei uns hat jene Regel noch ganz andre Gründe, worauf ich unten zurückkommen werde.

Dieselben Stellen bestimmen die Wirkung des außergerichtlichen Geständnisses dahin, daß es zwar vollständigen Beweis mache, aber durch Gegenbeweis entkräftet werden könne [93]). Nur bei der non numerata pecunia begründet das schriftliche Empfangsbekenntniß nach Ablauf jener Verjährungszeit eine wahre unumstößliche Fiction [94]).

Dieß ist, was die Quellen des Römischen Rechts über das gerichtliche und außergerichtliche Geständniß enthalten. Ich wende mich jetzt zu der Theorie der ältern und neuern Schriftsteller, und zu den Bestimmungen des canonischen Rechts [95]), welche großentheils aus jener Theorie hervorgegangen sind. Die ältern Prozessualisten haben das Römische Recht in vielen Punkten mißverstanden, und sich auch nicht zu einer consequenten allgemeinen Ansicht erhoben. Daher von ihren Meinungen nur so viel anzuführen seyn wird, als nöthig ist, um sie zu charakterisiren, und um ihre historische Bedeutung für unser heutiges Recht nachzuweisen.

---

93) S. insbesondre L. 25. §. 4. D. de prob. und L. 13. C. de non num. pec. in Note 90.

94) Die entgegengesetzte Meinung, daß auch hier noch Gegenbeweis möglich sey, ist zwar schon sehr alt; der Glossator Jacobus hatte sie schon nach Rogerius Dissens. dominor. n. 11. ed. Haubold.; aber nichts desto weniger unrichtig. Denn wie könnte sonst Justinian sagen, es entspringe ex scriptura eine neue Obligation? Vgl. noch Nov. 100. c. 1.

95) X. 2, 18. in VI. 2, 9. de confessis.

Die Glossatoren [96]) wurden in Aufstellung einer Theorie des gerichtlichen Geständnisses von vorne herein dadurch irre geführt, daß sie den Begriff desselben zu weit faßten. Es ist ihnen nehmlich jedes Geständniß, das von einer Parthey in einem Civil- oder Criminalprozeß vor dem Richter dieser Sache abgelegt wird. In dem Criminalprozeß aber, insbesondere bei dem damals schon üblichen inquisitorischen Verfahren [97]) kann das Geständniß nicht eigentlich als förmlicher Beweisgrund betrachtet werden. Also war ihm hierdurch überhaupt nur die Wirkung eines mehr oder weniger glaubwürdigen Zeugnisses eingeräumt, und der Hauptunterschied vom außergerichtlichen aufgehoben. Nur daß bei einer Erklärung vor Gericht die Aussage der Wahrheit sicherer erwartet, und gefordert werden kann, konnte als Grund gelten, ihm eine höhere Beweiskraft beizulegen. Ein Grund der aber auch bei gerichtlichen Erklärungen außerhalb dieses Prozesses zutrifft, daher man diesem auch gleiche Beweiskraft zugestand [98]). Demungeachtet behandelte man das gerichtliche

---

96) Ihre Theorie findet sich vollständig bei Azo Summa Cod. tit. de confessis, tit. de non num. pec. Apparatus in L. un. C. de confessis und in L. 13. C. de n. n. pec. Tancredi ordo jud. III. 5. Hostiensis Summa X. de confessis. Accursius in L. 1. §. 1. D. de interrog. in jure, in L. 25. §. 4. D. de prob. in L. 5. L. 7. C. de juris et facti ign. in L. 13. C. de n. n. pec. in L. un. C. de confessis. Durantis Specul. jur. II. 2. tit. de confessionibus mit den Additt. des Jo. Andreae.

97) Vgl. Biener Geschichte des Inquisitionsprozesses (Leipz. 1827. 8.) Kap. 3. 4.

98) Durantis l. c. §. 3. n. 2—4. 20. Vgl. c. 2. X. h. t.

Geständniß seinen Bedingungen und Wirkungen nach als förmliche Handlung, und wandte ohne Unterschied die Grundsätze des Römischen Rechts über die confessio in jure, die interrogationes, und was sonst die Compilation enthielt, darauf an [99]). Diese Vermischung war verzeihlich, da schon im Justinianischen Recht das Verhältniß dieser verschiedenen Institute zu einander höchst schwankend war, und von den Glossatoren bei ihrer Unbekanntschaft mit der ältern Römischen Gerichtsverfassung eine Erklärung aus dieser nicht erwartet werden kann. Auf der andern Seite hatte sich ein neues hierher gehöriges Institut in den Positionen gebildet, wobei man indeß nur die allgemeinen Grundsätze des gerichtlichen Geständnisses anwandte [100]). Diese Grundsätze selbst sind der Hauptsache nach folgende.

Zur Gültigkeit eines gerichtlichen Geständnisses gehört in Rücksicht des Inhaltes, daß es bestimmt, gegen den Geständigen und auf etwas Mögliches gerichtet sey. Uebrigens kann der Gegenstand ein Faktum oder ein Rechtsverhältniß irgend einer Art, ein einzelner Punkt der Sache oder der ganze Streitgegenstand seyn. Nur in Ehesachen beschränkte das canonische Recht seine Beweiskraft, wegen der Gefahr der Collusion [101]). Zur Form gehört, daß

---

99) Nur daß man den Pandektentitel de interrog. in jure auf das Geständniß vor der Litiscontestation, den Titel de confessis auf das Geständniß nach der Litiscontestation bezog. S. Azo und Accursius a. a. O.

100) Durantis II. 2. tit. de positionibus §. 8. n. 1.

101) c. 5. X. de eo qui cognovit cons. cf. c. 7. X. de sent. et re jud. Vgl. Azo Summa Cod. de confessis n. 8. Hostiensis l. c. §. 2. Durantis l. c. §. 2. n. 5. 6.

es vor Gericht, und zwar vor einem competenten Richter [102]) in Gegenwart des Gegners [103]), von der Parthey selbst oder ihrem Repräsentanten [104]) abgelegt sey.

Die Wirkung des gerichtlichen Geständnisses bestimmte man zwar im Allgemeinen durch den Grundsatz des römischen Rechts: confessus pro judicato est. Allein die einzelnen Folgen desselben hob man durch viele Beschränkungen wieder auf [105]). So sollte, auch wenn die ganze Sache dadurch entschieden war, in der Regel doch noch ein Urtheil darauf folgen. Im Criminalprozeß immer. Im Civilprozeß wenigstens dann, wenn förmlich verfahren wird, und das Geständniß nach der litis contestatio vorgekommen. Im summarischen Prozeß oder vor der litis contestatio sollte auf die confessio nur ein praeceptum de solvendo und die Execution folgen [106]). Also das Geständniß macht das Urtheil nicht überflüssig, sondern begründet nur einen so vollständigen Beweis, daß der Rich-

---

102) Selbst im Criminalprozeß soll das Geständniß des Inculpaten vor einem incompetenten Richter nicht gelten. c. 4. X. de judiciis.

103) Hugolinus nahm das Gegentheil an, Spätere distinguirten. Durantis l. c. n. 3. v. Septimo. und Jo. Andreae in h. l. Hostiensis l. c. §. 1. fine.

104) Azo Summa Cod. de confessis n. 8. c. 3. X. h. t. Tancredi ordo jud. I. 24. Hostiens. l. c. §. 1. v. dominus causae.

105) Azo Summa Cod. de confessis, in fine: Patet ex praedictis quod illa verba, confessos in jure pro judicatis haberi, plenae sunt mysteriis et subjacent insidiis, et multiplices admittunt distinctiones.

106) S. Azo Summa und App. in Cod. de confessis Hostiensis l. c. §. 7. Durantis l. c. §. 1.

ter darnach sprechen kann [107]). Vor rechtskräftig entschiedner Sache kann es aber wiederrufen werden, zwar nicht durch bloßen Gegenbeweis [108]), wohl aber durch den Beweis eines zu entschuldigenden error facti. Später ist nur in integrum restitutio möglich [109]).

Ueber die Wirkung des außergerichtlichen Geständnisses hatte, wie uns berichtet wird [110]), der Glossator Jacobus [111]) die Ansicht aufgestellt, daß es vollständig gegen den Geständigen beweise, so jedoch, daß diesem der Gegenbeweis noch offen stehe [112]). Diese Meinung wurde

---

107) Nicht nur in Civilsachen nach c. 10. X. de transact. (1, 36.) c. 6. X. de renunciat. (1, 9.), sondern auch im Criminalprozeß. c. 2. X. h. t. c. 4. X. de judiciis (2, 1.) c. 7. X. de poenis (5, 37.) c. 10. X. de cohab. cler. (3, 2.) c. 6. X. de concess. prael. (5, 31.) Nur wenn es durch Tortur abgenöthigt ist und nachher widerrufen wird, beweist es nicht vollständig. Azo App. in Cod. de confessis n. 7. Summa ibid. n. 13. Durantis l. c. §. 1. n. 5.

108) Spätere Schriftsteller sagen deshalb, es begründe eine praesumtio juris et de jure. Böhmer Principia jur. can. §. 781. Vgl. Glossa in L. 14. C. de n. n. pec. v. nullo modo.

109) c. 3. X. h. t. (vgl. L. 2. D. de confessis. L. 7. C. de juris et facti ignor.) c. 2. de in integr. restit. in VI. (1, 21.)

110) Azo und Accursius zur L. un. C. de confessis. Azo Summa Cod. de prob. n. 20. sq. Hostiensis l. c. §. 3. v. quid si quis. Durantis l. c. §. 3. n. 13.

111) Accursius und Hostiensis bezeichnen ihn durch den Ausdruck Jacobus antiquus, Durantis durch den Zusatz de porta Ravennate als den ältern, der zu den vier Doctoren gehört, im Gegensatz des Jacobus Balduinus. Vgl. Savigny Gesch. des Röm. Rechts im M. A. B. 4. S. 127.

112) Er gründete sich dabei unter andern auf eine falsche Authentika zum Titel des Cod. de confessis wie Azo im Commentar und Accursius bemerken. Vgl. Savigny a. a. O. S. 44.

aber von gleichzeitigen und spätern Rechtslehrern allgemein verworfen, und dem außergerichtlichen Geständniß nur mit großen Einschränkungen Beweiskraft zugestanden. Am vollständigsten findet sich diese Theorie bei Durantis [113]). Sie ist aber in sich höchst unbefriedigend, und für unser heutiges Recht ohne Einfluß geblieben, so daß eine vollständige Darstellung zwecklos seyn würde. Als Beispiel mag folgendes genügen. Das Schuldbekenntniß soll ohne causa debendi nur halben Beweis machen, mit der causa aber den Geständigen binden wie ein Vertrag [114]). Dessenungeachtet wird er mit dem Gegenbeweis gehört, der durch Urkunden oder durch Zeugen geführt werden muß, wenn das Geständniß schriftlich oder vor Zeugen abgelegt war [115]). Offenbar sonderte man hierbei nicht gehörig den Vertrag als Entstehungsgrund der Obligation, und das Geständniß als Beweismittel. Dieselbe Verwechselung liegt

---

113) Durantis l. c. §. 3. n. 5—18. Er hat auch hier wie gewöhnlich die ältern Schriftsteller exerpirt, und deren Meinungen combinirt. Johannes Andreä giebt einige ausschließend diesem Gegenstand gewidmete Schriften (Distinctiones) an, die gleichfalls benutzt sind. Von Jacobus Balduinus inc: Ad quorundam verbosam clamationem. Odofredus super L. generaliter C. de n. n. pec. inc: Ut plene liqueat iste articulus. Guido de Suzaria super l. tale pactum D. de pactis et L. generaliter C. de n. n. pec. inc: Cum quis confitetur.

114) Sie nennen dieß eine confessio vestita, non nuda, nach Analogie des pactum vestitum, und schreiben ihm vim pacti zu.

115) Sie gründen sich dabei auf L. 13. C. de n. n. pec. L. 25. §. 4. D. de prob., welche als c. 14. X. de fide instr. in das canonische Recht übergegangen, ja selbst auf die Regel der L. 35. D. de reg. juris. Otto Papiensis hingegen wollte überhaupt nur dem schriftlichen Geständniß Beweiskraft zugestehen.

der Ansicht des Durantis zum Grunde, nach welcher das Geständniß über Eigenthum nicht präjudiciren soll, weil das Eigenthum durch bloßen Vertrag nicht veräußert werden kann, wohl über possessio, quae solo animo amittitur.

Nicht viel mehr Gutes ist von den spätern ausländischen Praktikern [116]), und den ältern Deutschen Prozessualisten [117]) zu sagen. Durch die Autorität ihrer Vorgänger gebunden, und lediglich bemüht, deren Theorie im Einzelnen weiter auszubilden, sahen sie sich nicht nach einem durchgreifenden Princip um, und gewannen weder das Verständniß der Quellen, noch einen tiefern Blick in die Natur der Sache. Im Ganzen ging man unbewußt auf dem einmal eingeschlagnen Wege immer weiter und behandelte sowohl das gerichtliche als das außergerichtliche Geständniß immer mehr als ein Zeugniß, dessen Glaubwürdigkeit von dem animus confitendi abhinge. Daher man von der strengen Form des gerichtlichen Geständnisses, z. B. die Gegenwart des Gegners nachließ, dem außergerichtlichen hingegen, wenn es in Gegenwart der andern Parthey abgelegt, oder wiederholt worden war, eine höhere Beweiskraft zugestand. Auf keine Weise war es aber zu rechtfer-

---

116) Vgl. deshalb Bartolus und Baldus zu Dig. und Cod. de confessis, zu L. 5. 7. C. de juris et facti ign. und L. 13. C. de n. n. pec. Lanfranci de Oriano Practica s. repetitio super c. Quoniam contra X. de prob. rubr. de confessionibus. Maranta speculum VI. 2, 5. Mascardus de prob. Vol. 1. concl. 344—392.

117) Emmericus a Rosbach praxis civilis cap. 65. Hiltropii process. III. 17. Ummius Disp. ad process. jud. dir. XIII. 8. sqq. Brunnemann de processu c. 21.

tigen, daß man der Acceptation des Geständnisses eine besondere Wirkung beilegte.

Bei den Schriftstellern des achtzehnten Jahrhunderts [118]) bemerkt man zuerst das Bestreben, die rechtlichen Grundsätze aus der Natur der Sache abzuleiten, wenn sie gleich noch hier und da älteren Autoritäten blind folgen. In der neuesten Zeit erst kann man dahin, sich von den herkömmlichen Begriffen und Meinungen ganz los zu machen und eine in sich zusammenhangende Theorie aufzustellen [119]). Diese ist denn im Wesentlichen folgende.

Das Geständniß ist allgemein ein Zeugniß in eigner Sache, und beweisend, weil es einen rechtlichen Nachtheil für den Geständigen mit sich führt, und nicht angenommen werden kann, daß jemand zu seinem Nachtheil absichtlich die Unwahrheit sagen werde. Da dieß jedoch nicht immer zutrifft, so müssen hinzutretende Umstände bestätigen, daß der Bekenner wirklich die Absicht, nach Ueberzeugung die Wahrheit zu sagen, den animus confitendi gehabt habe. Das gerichtliche Geständniß hat vor dem außergerichtlichen

---

118) Knorre Anleitung zum gerichtl. Prozeß Hauptst. 10. Sieber von dem gerichtl. Prozeß Th. 1. §. 871—892. Claproth ord. bürg. Proz. §. 217—221. Canz de probabilitate juridica §. 109—121. Hofacker principia juris civilis Vol. 3. §. 4497—4501.

119) Danz ord. bürg. Proz. §. 292—299. Gönner Handbuch Th. II. No. 43. Grolmann Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 82a. Martin bürg. Proz. §. 128. (123a.) von Tevenar Theorie der Beweise im Civilprozeß Absch. 2. Kap. 2. S. 89. folg. Schneider vom rechtlichen Beweise §. 72—106. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung Abschn. IV. Gensler im Archiv für civ. Praxis Bd. 1. N. 3. §. 7. S. 41. folg.

nur den Vorzug, daß 1) seine Existenz durch die Akten unmittelbar und vollständig gewiß ist, also keines besondern Beweises bedarf; 2) daß der animus confitendi nicht bezweifelt werden kann. Beides gilt aber nicht bloß von dem in diesem Verfahren abgelegten Geständniß, sondern auch von jeder in einem andern Prozeß oder in sonst einer gerichtlichen Verhandlung abgegebenen Erklärung, die demnach gleiche Beweiskraft haben muß. Gerichtliches Geständniß ist hiernach jedes, das vor einer richterlichen Behörde abgelegt ist. Außergerichtlich jedes andere. Die Wirkung beider ist dieselbe, nehmlich wenn die angegebenen Bedingungen vollständig vorhanden sind, so macht es vollen Beweis, der jedoch durch Gegenbeweis entkräftet werden kann. Inconsequent ist es hiernach, wenn einige dieser neuern Schriftsteller doch noch von förmlicher Wahrheit, von einer durch das Geständniß begründeten Verbindlichkeit sprechen, und die Beweiskraft desselben aus der Disposition über Privatrechte und der Verhandlungsmaxime ableiten [120]). Mit der meisten Consequenz und Klarheit hat ohne Zweifel Weber diese Ansicht durchgeführt, durch welche daher allerdings diese Lehre wesentlich gefördert worden ist. Nur der eine Punkt wurde übersehen, daß die Wirkung des gerichtlichen Geständnisses auf einem ganz andern Fundamente ruhe, als die Beweiskraft des außergerichtlichen, und wegen dieses Einen Irrthums nach meiner Ueberzeugung auch vieles Einzelne unrichtig gefaßt.

---

120) Martin, Gönner, Grolmann, Gensler a. a. O. Vgl. Weber a. a. O. S. 71.

Indem ich nun die Grundsätze unsers heutigen Rechts mit Rücksicht auf die vorgetragenen allgemeinen und historischen Bemerkungen zu entwickeln versuche, muß ich zuvörderst die Vorfrage berühren, aus welchen Quellen diese Grundsätze zu schöpfen sind; welchen Werth in dieser Beziehung die positiven Regeln des Römischen und canonischen Rechts, die ältere Theorie und Praxis, endlich dasjenige habe, was durch allgemeines Raisonnement aus der Natur der Sache abgeleitet werden kann. Ich glaube, daß wir durch das historisch Gegebne in dieser Lehre durchaus nicht gebunden, also nur auf die Natur der Sache gewiesen sind. Dieß geht aus der geschichtlichen Betrachtung unsers Gegenstandes hervor. Wir haben gesehen, daß die positiven Institute des ältern Römischen Rechts zwar noch in der Justinianischen Compilation erscheinen, aber ohne daß recht klar wird, welche Bedeutung sie hier haben sollen. Die ältesten Schriftsteller über das Römische Recht haben sich zwar im Einzelnen ihm angeschlossen, aber im Ganzen ein neues Prinzip unbewußt befolgt, welchem später immer mehr Einfluß gegeben wurde, bis es die Neuern zu dem allein herrschenden erhoben. Durch diese Richtung, welche Theorie und Praxis nahmen, sind die positiven Bestimmungen des Römischen und canonischen Rechts für abrogirt zu halten. Die Grundsätze dieser Theorie selbst aber, da sie nur aus der Betrachtung der Natur der Sache hervorgegangen sind, können auch nur insofern auf Gültigkeit Anspruch machen, als sie in sich richtig sind. Die eigentliche Quelle unsers heutigen Rechts, die eigentliche Entscheidungsnorm sind also nur die Principien, welche unter Voraussetzung der positiven Gestalt unsers Civil-

prozesses, mit innerer Nothwendigkeit entwickelt werden können.

Das allgemeinste Princip welches auf diese Weise gefunden wird, und an die Spitze der ganzen Lehre zu stellen ist, haben wir oben kennen gelernt. Es ist kurz Folgendes. Das gerichtliche Geständniß, d. h. das in diesem Prozesse abgelegte, ist förmlicher Beweisgrund. Jedes andre, oder außergerichtliche Geständniß, ist ein mehr oder weniger glaubwürdiges Zeugniß, worauf der Richter seine Ueberzeugung gründet. Hierbei bedarf es kaum der Bemerkung, daß zufällig auch das gerichtliche Geständniß ein Zeugniß enthalten, und die Ueberzeugung des Richters begründen könne, was auf den Begriff desselben, und die allgemeinen rechtlichen Grundsätze keinen Einfluß hat.

Es sollen nun die Folgen dieses allgemeinen Princips entwickelt werden, wodurch sowohl der vollständige Beweis desselben geführt, als die Wichtigkeit und Fruchtbarkeit desselben gezeigt werden wird. Wir haben hierbei zuerst die Bedingungen, sodann die Wirkungen des gerichtlichen und außergerichtlichen Geständnisses zu untersuchen.

Was die Bedingungen derselben betrifft, so kommen 1) beide darin überein, daß sie eine Behauptung enthalten, die einen rechtlichen Nachtheil in dieser Sache für den Geständigen zur Folge hat. Allein es wird dieß aus verschiednen Gründen gefordert. Bei dem gerichtlichen Geständniß ist der Grund dieser. Indem eine Parthey Thatsachen für wahr erklärt, welche für sie nachtheilig sind, räumt sie allemal Behauptungen des Gegners ein [120a]).

120a) Hat der Gegner die eingeräumte Thatsache früher noch nicht behauptet, so könnte es scheinen, als sey dann die Acceptation

Worüber aber beide Partheyen einig sind, das macht der Richter nicht weiter zum Gegenstand seiner Untersuchung, das behandelt er wenigstens vorläufig als wahr. Das außergerichtliche Geständniß hingegen, muß gegen den Geständigen gerichtet seyn, weil es als Zeugniß in eigner Sache nur dann Glauben verdient. Denn seine Glaubwürdigkeit beruht auf der Annahme, daß Niemand gegen bessere Ueberzeugung die Unwahrheit sagen werde, wo dieß zu seinem Nachtheil gereicht. Eine Vermuthung, die freilich nicht immer zutrifft. Aus Leichtsinn oder Scherz, im Irrthum über das eigne Jnreresse, ja selbst aus ernster und löblicher Absicht, z. B. in Erwartung einer künftigen Thatsache, wie bei Empfangsbekenntnissen, sagt man häufig aus, was man nicht für wahr hält. Soll daher der Richter seine Ueberzeugung auf eine solche Aussage gründen, so muß er gewiß seyn, daß der Erklärende die Absicht nach Ueberzeugung die Wahrheit zu sagen, den animus confitendi hatte. Dieser wird aus den Umständen erkannt, wobei es allerdings von Wichtigkeit seyn kann, ob das Geständniß in Gegenwart der andern Parthey, bei Abschließung eines Rechtsgeschäfts, in einer gerichtlichen Verhandlung, vor der Obrigkeit u. s. w. abgelegt sey.

---

des Geständnisses nothwendig. Allein dieß ist nicht der Fall. Wie bei Rechtsgeschäften, so gilt auch hier die Regel: ignorantis meliorem conditionem fieri posse. Die Annahme des Geständnisses kann vorausgesetzt werden, weil keine Parthey so thöricht seyn wird, die ihr günstigen Erklärungen des Gegners zu bestreiten. Sollte sie indeß aus seltner Gewissenhaftigkeit ein aus Irrthum abgelegtes Geständniß zurückweisen, so ist allerdings anzunehmen, daß sie hierdurch auf das Recht, welches aus jenem Geständniß für sie entspringt, verzichtet habe.

2) Ist auch das beiden Arten gemein, daß in der Regel eine ausdrückliche Erklärung gefordert wird. Nur bei dieser ist nehmlich die Existenz des Geständnisses allemal außer Zweifel. Bei einem stillschweigenden, aus andern Erklärungen oder Handlungen vermutheten Geständniß hingegen, wird, selbst wenn jene Vermuthung stringent seyn sollte, doch deshalb die Existenz des Geständnisses häufig zweifelhaft seyn, weil es möglich ist, daß die Parthey sich jenen Zusammenhang nicht klar gedacht habe [121]). Mit dem präsumirten Geständniß ist das fingirte nicht zu verwechseln. Nach gemeinem Recht kommt dieß nur beim Eide [122]) und bei den Positionen [123]) vor. Partikularrechte drohen es auch als Strafe der verweigerten Einlassung auf die Klage. Allemal ist es ein gerichtliches Geständniß, jedoch noch mit eigenthümlichen Grundsätzen [124]).

3) In der genauern Bestimmung ihres Inhaltes unterscheiden sie sich aber wesentlich. Das gerichtliche Geständniß kann jede faktische Behauptung des Gegners zum Gegenstande haben. Ausgeschlossen bleiben nur Rechtssätze, über welche die Erklärungen der Partheyen ohne Wirkung

---

121) Aus dem bloßen Stillschweigen einer Parthey kann ihr Zugeständniß nicht gefolgert werden. L. 142. D. de reg. juris. Ebenso folgt aus dem Vorschützen von Einreden die Einräumung des Klaggrundes wenigstens nicht immer. L. 9. D. de except. c. 6. X. eod. (2. 25.)

122) L. 34. §. 6. D. de jurejur. Manifestae turpitudinis et confessionis est nolle jurare. §. 9. L. 38. D. eod.

123) c. 2. de confessis in VI.

124) Es begründet nehmlich in jenen zwei Fällen eine wahre Fiction, und schließt den Gegenbeweis aus.

kung sind. Also nicht bloß eine reine Thatsache, die der Geständige auf den Grund sinnlicher Wahrnehmung oder seines eignen Bewußtseyns wissen kann, sondern auch solche Fakta, von denen er nur durch natürliche Schlußfolgerungen eine mehr oder minder sichere Ueberzeugung haben kann, ja selbst rechtliche Thatsachen, über welche nicht ohne Anwendung juristischer Kenntnisse und juristischer Schlüsse etwas ausgesagt werden kann. Wenn z. B. der Kläger Eigenthümer einer Sache zu seyn behauptet, und der Beklagte räumt es ein, wenn er aus einer Forderung klagt, und der Beklagte bekennt sich schuldig u. s. w., so kann und wird der Richter dieß Rechtsverhältniß als nicht mehr streitig betrachten, und keine bestimmteren Erklärungen des Gegners, oder Beweis darüber verlangen. Zwar soll der Kläger die Bedingungen des von ihm behaupteten Rechts in der Klagschrift auf das allerspeciellste angeben, der Beklagte sich in der Einlassung eben so speciell darüber erklären, ebenso bei Einreden, Repliken u. s. w., und wenn dieß geschieht, so werden die Erklärungen der Partheyen niemals ein juristisches Urtheil enthalten. Allein die affirmative Litiscontestation, also gerade das Geständniß soll ja nach der Praxis des gemeinen Rechts auch ganz generell seyn können. Und selbst bei der gemischten Einlassung glaube ich muß in Rücksicht des Zugestandenen dasselbe gelten; also z. B. bei der actio confessoria wegen einer Prädialservitut das allgemeine Zugeständniß des Eigenthums am praedium dominans genügen, wenn auch die Servitut geläugnet wird. Gewiß ist auch dieß der Praxis und der Natur der Sache gemäß. Denn die speciellen, in's Einzelne gehenden Erklärungen werden ja nur deshalb ge-

fordert, damit das Beweisthema als Resultat des ersten Verfahrens mit größter Bestimmtheit sich ergebe. Ueber das Zugestandne wird aber kein Beweis mehr gefordert. Den Richter aber zu verpflichten, gleichsam als Vormund der Partheyen, sie durch Aufforderung zu specielleren Erklärungen vor Irrthum zu schützen, ist dem Geiste unsers gemeinen Prozesses durchaus entgegen. Nehmen die Partheyen selbst ihr Interesse nicht gehörig wahr, so thut der Richter sicher nicht Unrecht, wenn er auf ihre Geständnisse fußt. Denn von seiner eignen Ueberzeugung ist hierbei gar nicht die Rede. Ebendeshalb kommt es hier nicht darauf an, ob die gestehende Parthey positiv affirmirt, oder nur ihr Glauben und Meinen ausspricht, oder überhaupt nur erklärt, sie wolle diese Behauptung des Gegners anerkennen. Auch dieß gilt für eingeräumt, so wie das Nichtglauben u. s. w. für geleugnet.

Ganz anders ist es bei dem außergerichtlichen Geständniß. Dieß ist ein Zeugniß, auf welches der Richter seine Ueberzeugung gründen soll. Daher muß es, wie jedes andre Zeugniß, auf Thatsachen gerichtet seyn, die der Gestehende wissen kann, d. h. äußere Thatsachen, die er mit seinen Sinnen wahrnehmen konnte, und innere, die in seinem eignen Bewußtseyn vorgegangen sind. Jedes Urtheil, jede Schlußfolgerung, faktisch oder juristisch, muß hier ausgeschlossen bleiben, als ausschließend Sache des Richters. Er darf seine Ueberzeugung nicht auf fremde Urtheile oder Schlüsse gründen. Dieß ist der Hauptgrund, warum in unserm heutigen Recht ein Schuldbekenntniß auf die causa debendi gerichtet seyn muß, auf die reine Thatsache, aus welcher die Obligation entstanden ist, Empfang des Dar-

lehns u. dergl. Ebenso darf das Geständniß nicht auf Eigenthum oder sonst ein vom Kläger behauptetes Recht gerichtet seyn, sondern auf dessen Entstehungsgründe, wenn es vollen Beweis machen soll. Ganz unbeachtet wird indeß der Richter auch das Einräumen des Rechtes selbst nicht lassen. Ferner muß die Erklärung hier in einer positiven Behauptung bestehen, nicht bloß in einem Glauben oder Meinen.

4) In Rücksicht der Form hat das gerichtliche Geständniß die allgemeinen Erfordernisse aller Partheyhandlungen. Es kann mündlich vor Gericht und zu Protokoll, oder in einer Partheyschrift, in Person, oder durch einen gehörig legitimirten Stellvertreter gleich wirksam abgelegt werden [125]). Nur eine bloß mündliche Erklärung ist als gerichtliches Geständniß nicht gültig, weil der Gebrauch der Schrift in unserm gemeinen Prozeß allgemein wesentliche Form aller Prozeßhandlungen ist [126]). Das außergerichtliche Geständniß hat als bloßes Zeugniß keine Form. Doch kann der Gebrauch der Schrift, oder bei dem mündlichen Bekenntniß die Gegenwart der andern Parthey oder einer richterlichen Behörde von Einfluß seyn, weil daraus auf den animus confitendi geschlossen werden kann. Durch einen Stellvertreter kann es nie abgelegt werden; d. h. das Geständniß eines Generalbevollmächtigten, eines Vormundes u. s. w. ist ein Zeugniß dieser Personen, nicht der Parthey, und der Richter hat zu beurtheilen, inwiefern es

---

125) Auf die besondern Grundsätze der durch Advokaten und Procuratoren geschehenen Erklärungen vor Gericht werde ich unten bei der Wirkung des Geständnisses kommen.

126) Martin bürg. Proz. §. 18.

beweise. Eine Specialvollmacht enthält aber das Geständniß selbst.

5) Die persönliche Handlungsfähigkeit des Gestehenden ist gleichfalls nach verschiedenen Grundsätzen bei dem gerichtlichen und außergerichtlichen Geständniß zu beurtheilen. Das erstere ist eine förmliche Handlung, wie alle Partheyhandlungen im Prozeß, und ist, weil es die Lage des Gestehenden nachtheiliger macht, einem Verzicht, einer Veräußerung von Rechten zu vergleichen. Zur gültigen Ablegung desselben gehört daher die vollständigste Handlungsfähigkeit, freie Veräußerungsbefugniß. Der Pupill bedarf dabei die Auctoritas des Tutors, der Minor den Consens des Curators, und sie können dagegen restituirt werden [127]). Bei den außergerichtlichen hingegen wird nichts gefordert, als die natürliche Fähigkeit ein glaubwürdiges Zeugniß abzulegen. Also 1) Fähigkeit die Thatsache im Bewußtseyn aufzufassen, und das Andenken derselben zu bewahren. 2) Um des animus confitendi willen, die nöthige Einsicht und Willensfähigkeit, die Wahrheit nach Ueberzeugung zu sagen. Deshalb kann der Minderjährige unbedenklich ein vollkommen beweisendes außergerichtliches Geständniß ablegen, und auch das gerichtliche, welches ihn nicht verpflichtet, wird doch häufig als Zeugniß Beweiskraft haben. Von in integrum restitutio kann nicht die Rede seyn, da das Geständniß keine förmlichen Wirkungen hat. Ueberzeugt sich der Richter, daß es unbedacht abgelegt sey, so wird dieß ohnedieß seine Beweiskraft min-

---

127) In dieser Beziehung gilt die Analogie der Römischen confessio in jure.

dern oder aufheben. Der Pupill ist nur mit Einschränkung dazu fähig. Eine Ergänzung durch Auctoritas, wie bei juristischen Handlungen, ist aber nicht denkbar. Der infans oder furiosus sind dazu ganz unfähig. Dem prodigus fehlt es nicht an Fähigkeit, aber es wird häufig der animus confitendi nicht gewiß seyn, was der Beurtheilung des Richters überlassen bleiben muß.

6) Die letzte Frage, in welchen Sachen, bei welchen Rechtsverhältnissen das Geständniß vollständig wirksam sey, ist wieder bei dem gerichtlichen und außergerichtlichen auf verschiedene Weise zu beantworten.

Die Wirkung des gerichtlichen Geständnisses beruht auf der Verhandlungsmaxime und der Willkühr des Geständigen, der eine Behauptung des Gegners freiwillig anerkennt. Es ist daher nur möglich in einem reinen Privatstreit, in Rechtsverhältnissen, die ganz der Willkühr der Partheyen unterworfen sind. Wo ein höheres öffentliches Interesse den Richter berechtigt und verpflichtet zu inquiriren, d. h. ohne Rücksicht auf das Vorbringen der Partheyen die wirkliche Wahrheit zu suchen, ist ein gerichtliches Geständniß im eigentlichen Sinne gar nicht möglich. So im Criminalprozeß, und in Civilstreitigkeiten über Familienverhältnisse, namentlich Ehesachen [128]) und über Standesrechte [129]).

---

128) Dieß verordnet auch das canonische Recht. S. oben Note 101.

129) Hierfür spricht auch die Analogie des Römischen Rechts. S. oben Note 34. — In dieser Beziehung zeigt sich auch die Aehnlichkeit des gerichtlichen Geständnisses und des zugeschobnen Eides, denn beide sind förmliche Beweismittel.

Das außergerichtliche kann in jeder Sache als Beweisgrund benutzt werden. Allein bei den eben erwähnten Rechtsverhältnissen wird es gleichfalls häufig nicht vollständig beweisend seyn, weil es an dem animus confitendi fehlt, oder der Richter dieß befürchten muß; indem die gestehende Parthey scheinbar dadurch einen Nachtheil übernimmt, in der That aber durch das falsche Geständniß irgend einen Vortheil erlangen will [130]).

Die Wirkungen des gerichtlichen und außergerichtlichen Geständnisses sind nun ebenfalls noch genauer zu bestimmen.

1) Das gerichtliche Geständniß macht förmliche Wahrheit, in welcher der Natur der Sache nach keine Grade denkbar sind. Sollen wir indeß seine Wirkung mit dem gewöhnlichen Beweise vergleichen, so müssen wir sagen, es gilt dem vollständigsten Beweise gleich. Denn der Richter kann, ohne daß noch unterstützende Beweisgründe hinzukommen, sein Urtheil darauf gründen. Allein in anderer Beziehung kann die förmliche Wirkung des gerichtlichen Geständnisses noch auf doppelte Weise gedacht werden. Entweder das auf diese Weise förmlich Festgestellte ist unabänderlich wahr, oder es kann mit Rücksicht auf die wirkliche Wahrheit noch umgestoßen werden; nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, es ist Fiction, praesumptio juris et de jure, oder eine simple praesumptio juris. Das zweite ist offenbar das Geringste was angenommen werden kann, und das Natürlichere. Das Erste liegt zwar

---

130) Z. B. in dem Fall des c. 5. X. de eo qui cogn., wenn durch das Geständniß des Incestes die Scheidung bewirkt werden soll.

nahe, kann aber nur dann gelten, wenn positive Rechtsnormen es vorschreiben. Im Römischen Recht nun war es so in gewissen Fällen. Die ältern Schriftsteller übertragen dieß auf das gerichtliche Geständniß überhaupt und lassen deshalb nicht Gegenbeweis, sondern nur Anfechtung wegen Zwang, Betrug und Irrthum zu [131]). Richtiger wird aber von den Neuern der Gegenbeweis allgemein für zulässig erklärt [132]). Denn das Römische Recht schrieb die Unwiderruflichkeit ja nicht für das gerichtliche Geständniß ganz allgemein vor, und die besondern Verhältnisse worauf die Unabänderlichkeit des Gestandnen in einzelnen Fällen gegründet wurde, existiren nicht mehr. Das gerichtlich Gestandne wird daher nur vorläufig als wahr behandelt, der Gegenbeweis ist aber nicht ausgeschlossen, den natürlich die geständige Parthey übernehmen muß, da sie durch das Geständniß auf die Fordrung des Beweises gleichsam verzichtet hat. Doch braucht der Richter ihr diesen Gegenbeweis nicht ausdrücklich vorzubehalten, oder zu eröffnen, es ist ihre Sache darum zu bitten. Daher z. B. auf Klage und reines Zugeständniß des Beklagten ohne Weiteres das condemnatorische Endurtheil erfolgen kann.

Jener Gegenbeweis ist demnach nur darauf zu richten, daß es sich anders verhalte, als ausgesagt ward. Ist das Geständniß zufällig als Zeugniß für die Ueberzeugung des Richters wirksam, so wird der Geständige, um seine Be-

---

131) So noch Claproth a. a. O. §. 117. 120. Und Neuere fordern selbst bei dem außergerichtlichen den Beweis des Irrthums. Gönner Handbuch II. 43. §. 5. Thibaut Pand. §. 1152.

132) Danz bürg. Proz. §. 299. Weber Beweisführung S. 64. folg. S. 85. Martin bürg. Prozeß §. 128. Note x.

weiskraft zu zerstören, häufig auch nachweisen müssen, wie er dazu gekommen sey eine falsa confessio abzulegen. Und in dieser Beziehung kann der Beweis des Irrthums von Bedeutung seyn. Allgemein nothwendig ist er aber nicht.

Inwiefern der Successor einer Parthey an deren gerichtliches Geständniß gebunden sey, bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen über Reassumtion des Prozesses, welche kurz folgende sind. Daß ein Nachfolger, der den Prozeß fortsetzt, die frühern Handlungen seines Vorgängers anerkennen müsse, versteht sich von selbst. Die Fortsetzung der Sache steht aber ebenso in seiner Willkühr, wie für die ursprüngliche Parthey. Wenn er nun den Prozeß fallen läßt, so entsteht die Frage, ob ihn die früheren Verhandlungen binden? Dieß kann nicht zweifelhaft seyn, für den Erben, der als Universalsuccessor, und für den Cessionar, der als Repräsentant, die Fakta dessen, an dessen Stelle er tritt, allgemein anerkennen muß. Er haftet allgemein der exceptio doli. Bedenklich ist es nur für den Singularsuccessor, der die exceptio doli nur dann zu fürchten hat, wenn sein Erwerb auf einer causa lucrativa beruht. Allein da nach bestimmter Entscheidung des Römischen Rechts die res judicata ihn ohne Unterschied bindet [133]), so muß wohl dasselbe von der litis contestatio und den prozessualischen Handlungen überhaupt gelten. So daß also zur Anerkennung der frühern Verhandlung jeder

---

133) L. 9. §. 2. L. 10. L. 11. §. 3. 9. 10. L. 28. L. 29. §. 1. D. de exc. rei jud. Die exceptio rei judicatae ist also in weiterem Kreise wirksam, als die exceptio doli.

Nachfolger einer Parthey verpflichtet ist, die Fortsetzung der Sache aber von seiner Willkühr abhängt. Also bindet ihn auch allgemein das gerichtliche Geständniß seines Vorgängers.

Aus ähnlichem Grunde bindet das Geständniß des Stellvertreters den Dominus. Hier aber treten noch positive Grundsätze des Römischen Rechts ein, welche sich nicht sowohl auf eigentliche Stellvertreter, als auf die Rechtsbeistände der Partheyen beziehen.

Der Advokat unterscheidet sich von dem Procurator dadurch, daß er nicht wie dieser als Repräsentant der Parthey förmlich handelnd auftritt, sondern ihr seinen Rath ertheilt, und ihre Sache dem Richter vorträgt, in mündlicher Rede, oder durch Abfassung ihrer schriftlichen Eingaben. Deshalb muß neben dem mündlich vortragenden Advokaten die Parthey selbst oder ihr Procurator als eigentlich handelnde Person vor dem Richter erscheinen. Deshalb werden schriftliche Eingaben, obgleich von dem Advokaten verfaßt, von der Parthey oder ihrem Stellvertreter unterzeichnet, und dem Gericht übergeben. Das concepit des Advokaten hat keinen andern Zweck, als Winkelpraxis zu verhüten. Zufällig kann indeß doch die Frage entstehen, ob das von dem Advocaten Erklärte und Vorgetragene, als Erklärung und Vortrag der Parthey zu betrachten sey, also, ob er sie repräsentire, nehmlich bei nachtheiligen Vorträgen; nicht sowohl ungeschickten rechtlichen Deductionen, denn der Richter soll hierin das Fehlende ex officio ergänzen [134]), als wenn nachtheilige Thatsachen eingeräumt worden sind. Für

---

134) L. un. C. ut quae desunt advocatis (2. 11.)

diesen Fall hat das Römische Recht folgende eigenthümlichen Grundsätze.

Der in Gegenwart der Parthey mündlich gehaltene Vortrag des Advocaten soll zwar ganz als der ihrige betrachtet werden [135]), aber sie genießt die besondere Begünstigung seinen Vortrag unmittelbar, d. h. innerhalb drei Tagen berichtigen zu können [136]). Natürlich ohne den Gegenbeweis zu übernehmen, denn dieser ist ihr selbst bei dem eignen Geständniß bis zu rechtskräftig entschiedner Sache möglich. War die Parthey abwesend, so muß ihr consequenterweise dasselbe Recht innerhalb drei Tagen, von ihrer Wissenschaft an gerechnet, gestattet werden. Bei schriftlichen exhibitis erwähnt das römische Recht nur die Revocation mit Gegenbeweis [137]), und bei legitimirten Pro-

---

135) L. 1. C. de errore advocatorum vel libellos seu preces concipientium (2, 11.) Alex. Ea, quae advocati praesentibus his, quorum causae aguntur, allegant, perinde habenda sunt, ac si ab ipsis dominis litium proferantur.

136) L. 3. C. eod. (Diocl. et Max.) Sententiis finita negotia rescriptis revocari non oportet. Nec enim quae constituta sunt, ut advocatorum error litigatoribus non noceat, tibi etiam opitulari possunt: cum te praesente, neque causae palam ex continenti, id est triduo proximo, contradixisse, neque post sententiam appellationis remedio (si tibi haec displicebant) usam esse proponas. Vgl. c. 62. X. de appellat.

137) L. 2. C. eod. (Gordian.) Errores eorum qui desideria, id est preces scribunt, veritati praejudicium afferre non posse, manifestum est. Et ideo si condemnationem, cujus mentionem libello insertam esse proponis, manifeste probare potes non intercessisse: allegationes tuas laedi non oportere, is qui super negotio disceptaturus est, non ignorabit.

curatoren müßte nach strengen Rechtsgrundsätzen dasselbe eintreten. Allein sieht man auf die Verhältnisse der meist rechtsunkundigen Partheyen in unserm heutigen Prozeß, so dürfte auch in diesen Fällen ihnen die Revocation des Geständnisses binnen drei Tagen zu gestatten seyn [138]).

2) Das außergerichtliche Geständniß soll als Zeugniß die Ueberzeugung des Richters begründen, und hier sind, wie bei jedem eigentlichen Beweise, Grade der Ueberzeugung des Richters oder der Wahrscheinlichkeit möglich. Indeß macht es vollen Beweis, wenn es nur seinem Daseyn und allen oben bemerkten Erfordernissen nach vollständig gewiß ist. Hierüber ist häufig eine besondere Beweisführung durch Urkunden, Zeugen u. s. w. nothwendig, wobei derjenige, der sich auf das Geständniß gründet, die Beweislast übernehmen muß. Und zwar genügt der Beweis der Aussage nicht, sondern es müssen auch die Umstände dargethan werden, aus welchen der animus confitendi mit Sicherheit gefolgert werden kann [139]). Fehlt es an einigen seiner Erfordernisse, so kann es doch eine geringere Wahrscheinlichkeit begründen.

Durch Gegenbeweis kann es entkräftet werden. Dieser wird gerichtet, entweder gegen die Existenz des Geständnisses, oder gegen seinen Inhalt. In diesem zweiten Fall wird es häufig, um das Gewicht der eignen Aussage aufzuwiegen, nöthig seyn, auch nachzuweisen, wie man zu jener falschen Aussage gekommen sey; daß man jene Er-

---

138) Vgl. Weber Beweisführung S. 88—99.

139) Vgl. Thibaut a. a. O.

klärung nur im Scherz oder in Erwartung einer künftigen Thatsache oder aus Irrthum abgegeben habe. Allein nothwendig ist insbesondere der Beweis des Irrthums nicht. Auch wenn es sich zeigte, daß der Geständige wissentlich und widerrechtlich die Unwahrheit gesagt, so ist er an seine Aussage nicht gebunden, sondern die wirkliche Wahrheit muß vorgezogen werden.

Eine entgegengesetzte Ansicht ließe sich indeß aus allgemeinen Rechtsprincipien vielleicht rechtfertigen, und dieß zu untersuchen, ist um so nöthiger, da auch über die allgemeine Natur des Geständnisses neues Licht daraus hervorgehen wird. Man könnte nehmlich sagen: Der Geständige, der wissentlich widerrechtlich die Unwahrheit ausgesagt, könne sich auf seinen eignen Dolus nicht berufen, er müsse nach dem Princip der exceptio doli seine Aussage, wie jede andre Handlung gegen sich gelten lassen. Dann würde doch aus dem Geständniß eine Verbindlichkeit, eine Art Obligation entstehen, und dieß ist es, was manchen Schriftstellern vorgeschwebt hat [140]). Allein dagegen spricht Folgendes: 1) Es ist kein Bedürfniß für diese Annahme vorhanden, wenigstens was den Geständigen selbst betrifft; wir reichen mit der andern Ansicht vollständig aus. 2) Es wäre dieß immer etwas Positives, und positive Beläge haben wir für diese Ansicht nicht; vielmehr widerspricht ihr das Römische Recht geradezu, welches bei dem außergerichtlichen Geständniß den simplen Gegenbeweis zuläßt.

---

140) So namentlich Gönner a. a. O. §. 5.

Wir bleiben also dabei stehen, daß das Geständniß den Geständigen nicht bindet, sondern nur gegen ihn beweist, als ein um seines Inhaltes willen glaubwürdiges Zeugniß. Sollte es aber dann nicht auch gegen Dritte beweisend seyn? Eine Aussage, die für den Aussagenden einen rechtlichen Nachtheil enthält, verdient vollen Glauben. Wenn sie nun zugleich gegen einen Dritten spricht, so scheint es, müsse sie auch hier vollständig beweisen. Allein in der Regel wird es dann zwei trennbare Thatsachen enthalten, wovon nur die Eine Geständniß, die Andre aber ein einzelnes unbeschwornes Zeugniß gegen einen Dritten ist, welches keinen vollen Beweis macht. Sollten aber beide Behauptungen untrennbar seyn, so ist es dann um seiner Beziehung auf den Andern willen kein reines Geständniß, und nicht für vollständig beweisend zu halten [141]).

Nur in Einem Fall beruht die Wirkung des außergerichtlichen Geständnisses auf einem obligatorischen Verhältniß, nehmlich wenn es gegen den Erben geltend gemacht werden soll [142]). Dieß ist so zu erklären. Zwischen dem Erblasser und dem Erben besteht ein so vollständiges Successionsverhältniß, daß sie nur als Eine Person betrachtet werden, daß insbesondere der Erbe an die Handlungen des Erblassers so gebunden ist, als wären es die Seinigen, oder sie für die Seinigen gelten lassen muß, ein Grund-

---

141) Vgl. von Globig Theorie der Wahrscheinlichkeit Th. 1. S. 144.

142) S. L. 6. L. 14. C. de non num. pec. Nov. 48. c. 1. pr. Nov. 100. c. 1. 2.

satz, der in den meisten Fällen durch exceptio doli geltend gemacht wird. Dieß auf unsern Fall übertragen, muß also der Erbe das Geständniß des Erblassers als das Seinige anerkennen, d. h. es hat aus einem rein juristischen förmlichen Grunde gegen ihn dieselbe Beweiskraft. Die Wirkung des Geständnisses selbst ist aber auch hier deshalb nichts obligatorisches, daher der Gegenbeweis auch dem Erben noch gestattet werden muß.

V.

Ueber die Beweislast.

Die Lehre von der Beweislast gehört zu denjenigen, von welchen man sagen kann, daß sie keine Geschichte haben; d. h. die allgemeinsten Prinzipien derselben sind durchaus nicht historisch bedingt oder positiv, sondern durch die Natur der Sache gegeben, und deshalb nur daraus abzuleiten. Dieß gilt vor Allem von dem allgemeinsten Grundsatz, der in der ganzen Lehre vorausgesetzt wird, daß überhaupt Einer der Partheyen der Beweis gewisser Thatsachen vorzugsweise obliege, und daß, wenn sie denselben nicht führt, das Gegentheil von dem Richter als wahr angenommen, und ausgesprochen werden müsse. Dieser Grundsatz ist von so allgemeiner Natur, daß er bei den verschiedensten Formen des Prozesses gelten muß. Namentlich hängt er nicht, wie man glauben könnte, mit der sg. Verhandlungsmaxime zusammen. Denn wenn auch der Richter nach der sg. Inquisitionsmaxime angewiesen ist, die Wahrheit selbstthätig durch alle ihm zu Gebote stehende Mittel zu erforschen, so muß er doch, wenn seine Untersuchung ihm über alle entscheidenden Thatsachen nicht volles Licht gegeben hat, bei der endlichen Entscheidung jenen Grundsatz zu Hülfe neh-

men, wenn anders kein bloßes non liquet ausgesprochen, sondern wie es der Zweck des Richteramtes in Civilsachen mit sich bringt, dem streitigen und ungewissen Rechtsverhältniß allemal ein bestimmtes substituirt werden soll [1]). Und ebenso verhält es sich mit den allgemeinsten Principien, die den Inhalt dieser Lehre ausmachen.

Das Verhältniß der geschichtlich gegebenen Rechtsquellen ist daher hier ein ganz eigenthümliches. Sie haben keine selbstständige Gültigkeit, sondern sind nur als Versuche anzusehen, jene allgemeine Theorie in bestimmte Regeln gefaßt auszusprechen, und können deshalb nur dann auf Gültigkeit Anspruch machen, wenn sie wirklich jene unabänderlichen Grundsätze darstellen. Dieß gilt selbst von Gesetzen, bei deren Aufstellung es vernünftigerweise die Absicht des Gesetzgebers nicht seyn konnte, die Natur der Sache willkührlich zu bestimmen; und um so mehr von der Theorie der Schriftsteller, und dem darauf gegründeten Gerichtsgebrauch.

Das Römische Recht enthält nur wenige sehr allgemeine Regeln, und nicht sehr zahlreiche Entscheidungen ein-

---

1) Die Preußische Allg. Gerichtsordnung verpflichtet zwar den Richter von Amtswegen zu inquiriren und giebt ihm das Recht, von beiden Partheyen alle zur Aufhellung der Sache dienlichen Erklärungen und Beweise zu fordern. Einleitung §. 6. 7. 10. 12. 17. 18. Th. 1. Tit. 5. §. 5. Tit. 9. §. 4. Tit. 10. §. 89. Allein sie erkennt doch eine vorzügliche Pflicht Einer Parthey zum Beweise an (Einleitung §. 16.) und verweist den Richter bei der endlichen Entscheidung auf die allgemeinen Grundsätze über die Beweislast, die aus der Theorie des gemeinen Rechts entlehnt, jedoch sehr dürftig sind. Th. 1. Tit. 13. §. 27. 28.

einzelner Fälle. Dieß muß allerdings auffallen, da die Römischen Juristen in andern allgemeinen Rechtsmaterien für die Theorie so Viel gethan. Allein es erklärt sich daraus, daß, wie sich unten zeigen wird, die Frage nach der Beweislast, die allgemeinsten Prinzipien abgerechnet, mit der andern Frage zusammenfällt: wodurch dem Richter die volle Ueberzeugung verschafft werde, oder wann das Ziel alles Beweises für erreicht zu halten sey? Und dieß war, in so weit es nicht von der Natur der Rechtsverhältnisse selbst abhing, ganz dem Arbitrium des Judex überlassen, welcher nach dem oben S. 254. Ausgeführten in der faktischen Beurtheilung durch allgemeine Regeln durchaus nicht beschränkt werden sollte.

Die sehr bekannten allgemeinen Regeln des Römischen Rechts sind folgende zwei. Einmal daß dem Kläger der Beweis obliege [2]), womit nicht gesagt ist, daß der Beklagte gar nichts zu beweisen habe. Sondern dem Kläger liegt der Beweis seiner Klage, also des Rechts ob, welches den Hauptinhalt des ganzen Prozesses ausmacht; er hat den Hauptbeweis zu führen. Und ihn trifft die Reihe zu beweisen zuerst; erst wenn er diesen Beweis geführt hat, kann von einer Beweislast des Beklagten die Rede seyn. Führt er ihn nicht, so wird für den Beklagten gesprochen, wenn dieser auch nichts dargethan hätte [3]). Dieß ist das onus

---

2) L. 21. D. de probat. §. 4. Inst. de legatis. L. 8. L. 20. C. de prob. L. un. C. de prohib. seq. pec. (4, 4.)

3) Actore non probante reus absolvitur. S. L. 4. C. de edendo. L. 2. C. de prob. L. 28. C. de rei vind. L. 5. pr. D. si usufr. §. 4. Inst. de interdictis.

petitoris und commodum possessoris [4]), und petitoris partibus fungi heißt so viel, als: das streitige Recht beweisen müssen [5]). Aber auch den Beklagten trifft die Reihe zu beweisen, nehmlich wenn der Kläger seinen Beweis geführt hat. Nicht nur kann er dann durch einen directen Gegenbeweis jenen zu zerstören suchen, sondern wenn er Einreden vorgeschützt hat, so muß er sie, nachdem der Grund der Klage gewiß geworden, beweisen [6]). Daher in Rücksicht der Einreden gesagt wird: reum actoris partibus fungi [7]). Und nicht bloß wahre Exceptionen, auch solche Thatsachen, die nicht zum Klaggrund und Beweise des Klägers gehören, das Klagrecht aber ipso jure vernichten, muß der Beklagte darthun, z. B. die s. g. Einrede der Zahlung [8]).

Die zweite Regel ist: Derjenige, welcher bejahe, müsse beweisen, nicht derjenige, welcher bloß leugne. Schon Cicero de partit. orat. c. 30. sagt:

Nemo — ejus, quod negat factum, rationem aut potest, aut debet, aut solet reddere.

und übereinstimmend damit Paulus in L. 2. D. de probationibus:

Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.

---

4) L. 62. D. de judiciis. L. 14. D. de prob. L. 7. §. 5. D. de liberali causa. L. 8. §. 3. D. si servitus.

5) L. 15. fin. D. de op. novi nunc. L. 14. D. de Carb. edicto.

6) L. 19. C. de prob. L. 9. C. de except.

7) L. 19. pr. D. de prob. Vgl. §. 1 — 4. L. 18. §. 1. L. 9. L. 25. §. 2. fin. D. eod. L. 2. D. si quis caut. L. 4. C. de in integr. rest. (2, 22.)

8) L. 1. C. de probat. L. 12. D. eod.

und K. Diocletian und Maximian in L. 23. C. de probationibus:

Actor quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit: cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.

Weniger sicher enthält diese Regel L. 10. C. de non num. pecunia [9]).

Endlich darf nicht unbemerkt bleiben, daß schon in den Quellen des Römischen Rechts die Bestimmung der Beweislast in einzelnen Fällen mehr oder weniger deutlich von einer für den Gegner streitenden Präsumtion abhängig gemacht wird [10]); in welchem Sinne, und ob mit Recht, dieß müssen wir jetzt noch dahin gestellt seyn lassen.

Da die geschriebenen Quellen des Römischen Rechts

---

9) Diocl. et Max. Adseveratio debitum solutum contendentis temporis diuturnitate non excluditur. Nec huic obloquitur, quod exceptio non numeratae pecuniae certa die non delata querela prius evanescat: cum inter eum, qui factum adseverans onus subiit probationis, et negantem numerationem (cujus naturali ratione probatio nulla est) et ob hoc ad petitorem ejus rei necessitatem transferentem, magna sit differentia. Es wird hier nicht gesagt, daß überhaupt Negativen nicht Gegenstand des Beweises seyen, sondern nur daß der Schuldner, der den Empfang des Darlehns leugne, dieß nicht zu beweisen brauche, und dieß beruhe auf der naturalis ratio. Unter dieser naturalis ratio könnte allerdings jene Regel: affirmanti incumbit probatio, gemeint seyn. Es kann aber ebensowohl ein diesem Rechtsverhältniß eigenthümlicher Grund der Aequitas seyn. Vgl. unten Note 47.

10) So z. B. bei dem Beweise des Indebitum bei der condictio indebiti in L. 25. D. de prob. Bloß angedeutet wird dasselbe in vielen andern Verhältnissen. S. z. B. L. 51. pr. D. pro socio.

in dieser Lehre so wenig feste Punkte darboten, so ist es erklärlich, daß die Schriftsteller über das gemeine Recht, welche hier auf eignen Füßen stehen mußten, in ihren Ansichten so sehr geschwankt haben. Indessen benutzten sie die einzelnen Andeutungen, die das Römische Recht enthält, und jenachdem sie das Eine oder das Andere der drei so eben bezeichneten Principien zum herrschenden erhoben, und ihm die anderen unterordneten, bildeten sich drei Hauptansichten. Das letzte freilich, nach welchem die Beweislast allemal derjenigen Parthey obliegt, gegen welche eine Präsumtion streitet, erscheint in der Regel nur als ein secundäres, um die Fälle, die sich unter Eines der beiden Andern nicht bringen lassen, zu erklären. Nur von Wenigen wird es an die Spitze gestellt [11]). Um so mehr aber haben jene beiden andern Principien um die Herrschaft gekämpft, und alle Schriftsteller in zwei Partheyen getheilt. Nach der Ansicht der Einen soll es durchaus nicht auf den Unterschied der Affirmative und Negative ankommen, sondern der Kläger allemal den Grund seiner Klage, der Beklagte seine Einreden, kurz jede Parthey den Grund ihrer Anträge beweisen, auch wenn derselbe in einer Negative

---

11) Floto Pr. Senckenberg D. de probationis injunctione in judicio. Gött. 1738. 4. — J. J. S., allgemeine Regel, wer von den streitenden Partheyen bei einem Rechtshandel den Beweis zu übernehmen. Erlangen 1754. 4. Westphal, von dem rechtlichen Beweise einer Verneinung. Halle 1783. 4. Specht D. de insufficientia probandi regulae: affirmanti etc. Hal. 1787. Schneider, vom rechtl. Beweise §. 15. folg. Grolmann, Theorie des gerichtl. Verf. in bürg. Rechtsstr. §. 81. a. b. Dieselbe Ansicht ist auch in die Allg. Gerichtsord. Th. 1. Tit. 13. §. 27. 28. übergegangen.

besteht. Nach der Behauptung der Andern entscheidet der Gegensatz der Affirmative und Negative allein. Zwischen beiden Ansichten finden sich jedoch auch viele Uebergänge, oder Meinungen die die Mitte halten.

Die vollständige Dogmengeschichte hat hier wenig Interesse, daher wir in das Detail derselben nicht eingehen wollen. Indeß wird es nützlich seyn, den Hauptgang derselben anzudeuten, weil die Unbekanntschaft damit neuere Schriftsteller nicht selten veranlaßt hat, eine Ansicht als die alte, in der Uebung bewährte, und herrschende zu betrachten, und ihr dadurch ein besonderes Gewicht beizulegen, während ihr dieses Ansehen durchaus nicht zukommt.

Da man die Glossatoren in dieser Lehre gewöhnlich nur als die Urheber einer in der That sehr willkührlichen und geschmacklosen Theorie zu nennen pflegt, so verdient es erwähnt zu werden, daß bei einem der ältesten, Bulgarus, in seinem Büchlein über den Prozeß [12]) sich eine sehr verständige Darstellung findet, welche um so mehr unsre Anerkennung verdient, da es höchst wahrscheinlich der erste Versuch war, den Inhalt der Quellen über diesen Gegenstand in selbstgewählter Ordnung vorzutragen [13]).

---

12) Großentheils abgedruckt als drittes Buch des Placentin de varietate actionum. Vgl. Savigny Geschichte des R. R. im M. A. B. 4. S. 105. folg. Die kleine Schrift, vielleicht die älteste in ihrer Art (wenigstens scheint Bulgarus selbst in der Vorrede anzudeuten, daß er ähnliche nicht vor sich gehabt), zeichnet sich überhaupt vor vielen spätern vortheilhaft aus.

13) Die Worte des Bulgarus nach der Ausgabe des Placentin, Mogunt. 1530. 8. und der Pariser Handschrift sind folgende: Actor est, qui persequitur aliquid principaliter, dicens rem suam esse vel personam sibi obligatam ad aliquid dandum vel facien-

Als allgemeines Princip der Beweislast wird hier aufgestellt, daß jede Parthey den Grund ihrer Anträge beweisen müsse, der Kläger die Klage und Replik, der Beklagte seine Exceptionen und Dupliken. Der Gegensatz der Affirmative und Negative hingegen erscheint nur auf ganz untergeordnete Weise, und es wird die Bestimmung der Beweislast bei der exceptio non numeratae pecuniae ausdrücklich als singuläre Ausnahme erwähnt und dabei, aus Veranlassung des Ausdrucks der Quellen, nur beiläufig erwähnt, daß der Grund dieser Anomalie vielleicht darin liege, weil hier der Beklagte leugne. Diese Ansicht ist, wenn man

---

dum. Sed et reus, si, intentione adversarii fundata, exceptionem opponit, ut condemnationem effugiat, actor intelligitur. Agere enim is videtur, qui exceptione utitur. Reus est, adversus quem intenditur, quia si possidere vel debere quid dicatur, ad probationem actor compellendus est, si obtinere velit, ut id, quod intendit probet. Actore enim non probante, qui convenitur, et si nihil praestiterit, obtinebit, quia rei favorabiliores sunt, quam actores. His aequipollenter dicitur, jura promptiora sunt ad absolvendum, quam ad condemnandum. Cumque reus in exceptione actor est, et ipse, quod excipit, probare debet. Sane uno casu, qui excipit non probabit. Qui enim spe futurae numerationis stipulatione vel chyrographo se obligavit, si conveniatur, exceptionem non numeratae pecuniae intra biennium juste opponet, nec probationis onus ei imminebit, illa forsan ratione, quia negantis factum per rerum naturam nulla est probatio. Caeterum, quae de actione probanda dicta sunt, eadem de replicatione dicenda putamus. Eademque censura est de exceptione et duplicatione. Nam sicut actio et replicatio actorem adjuvant, sic reum exceptio et duplicatio sublevant, ideoque ab eo probantur, quia aequum est, in eo probando quemque gravari, quo probato videtur sublevari. Diese letzte Regel wird dem Irnerius zugeschrieben bei Azo Summa Cod. de pign. act. n. 19. Sie paßt aber zu jeder Theorie.

nur auf das praktische Resultat sieht, die richtige, und diejenige, die ja auch in der neueren Zeit mit allgemeinem Beifall aufgenommen worden ist. Daß aber Bulgarus nicht noch tiefer eindrang, um zu bestimmen, was denn zur Begründung der Anträge der einen und andern Parthey gehöre, darin entschuldigt ihn theils die Kürze seiner Schrift, theils werden wir dieselbe Unbestimmtheit an einer der neuesten und anerkanntesten Theorien unten zu rügen haben.

Gerade umgekehrt scheint der noch ältere Irnerius die Regel: affirmanti incumbit probatio, non neganti, an die Spitze gestellt zu haben [14]) und zwar so, daß er den Beweis der Negative aus allgemeinen logischen Gründen für unmöglich erklärte [15]). Ob ihn dabei, wie die

---

14) Odofredus in L. 2. D. de prob. Et hoc est, quod dicit Yrnerius elegantibus verbis, et habentes libros antiquos habent interlineare domini yrne.: „ei qui dicit, non ei qui negat, incumbit onus probandi, nullo pro actore credito vel praesumto.“ Vgl. Savigny Gesch. des R. R. im M. A. Bd. 4. S. 390. Ibid. Et glo. hic yr.: „hoc est verum, nullo pro affirmante credito vel praesumpto“ — et per istam interlineaturam cessant omnia contraria hic signata. Accursius in L. 10. C. de non num. pec. verb. „cujus naturali ratione probatio nulla est.“ ut supra de prob. L. actor. Similes quidem sunt, quia uterque negat se debere. Sed differunt, quia alter factum negat, alter adserit, secundum Ir.

15) Accursius in L. 23. C. de prob. Alii ut Ir. dicunt, per rerum naturam, ut affirmatum: quia quod affirmatur, est; et ita potest probari per differentias et species. Sed illud quod negatur, non est; et sic non potest probari, cum non habeat species vel differentias. Odofred zu dieser Stelle nennt als Urheber dieser Meinung: antiqui, qui subtilizabant. Vgl. Azo App. in h. L. Baldus in L. 2. C. de err. advoc. Pacianus de probat. I. 14.

Späteren meinten, seine Dialektik zu einer Spitzfindigkeit verleitete, oder ob er zu dem allgemeinsten Standpunkt durchgedrungen sey, der sich uns unten als der richtige darstellen wird, müssen wir bei der Dürftigkeit der erhaltenen Nachrichten unentschieden lassen.

Schon in der zweiten Hälfte des zwölften Jahrhunderts, bei Placentin und Johannes [16]), finden wir die Anfänge der Theorie, die in ihrer weiteren Ausbildung [17]) in die Quellen des canonischen Rechts übergegangen ist [18]) und welche, obgleich sie wissenschaftlichen Anforderungen auf keine Weise genügt, während Jahrhunderten die Praxis beherrscht hat. In dieser Theorie steht zwar, wie bei Bulgarus, der Grundsatz oben an, daß der Kläger, nicht der Beklagte beweisen müsse. Allein dieser wird dadurch erklärt und zugleich näher bestimmt, daß jener in Begründung seines Klagrechts in der Regel bejahe, dieser in Bestreitung desselben nur leugne, und so zum eigentlich entscheidenden Princip die Regel erhoben: affirmanti, non neganti, incumbit probatio. Da indeß auch der

---

16) Placentini Summa Cod. de prob. Die Meinung des Johannes Bassianus s. bei Odofredus in L. 2. D. de prob.

17) Vgl. von Civilisten Azo Summa und App. in Cod. de prob. Odofredus in L. 2. D. de prob. Accursius in h. L. Von ältern Prozessualisten Otto Pap. ordo jud. c. 9. Pillius ordo jud. Tancredus ordo jud. III. 6.

18) c. 11. 12. X. de prob. (2, 19.) c. 23. X. de elect. (1, 6.) c. 1. de confessis in VI. (2, 9.) c. 3. X. de causa poss. et propr. (2, 12.) c. 5 fin. X. de renunciat. Von ältern Canonisten vgl. die Glosse (Bernardus Parmensis) zu c. 23. X. de elect. Hostiensis Summa Decretal. de prob. n. 2. Aus frühern zusammengetragen findet sich diese Theorie bei Durantis spec. jur. II. 2. tit. de prob. §. 1.

Beweis einer Negative durch die Gesetze und die Natur der Sache häufig gefordert zu werden schien, so unterschied man in der bekannten Weise: negativa juris, qualitatis und facti. Die beiden ersten Arten negativer Behauptungen sollten bewiesen werden. Die letzte nur dann, wenn sie eine negativa praegnans, d. h. eine versteckte Affirmative oder determinata, d. h. nach Ort und Zeit bestimmt wäre, deren indirekten Beweis man für möglich hielt, während der Beweis einer wahren negativa facti indeterminata für unmöglich erklärt, und deshalb nicht gefordert wurde.

Der Grundsatz, daß die Negative nicht bewiesen zu werden brauche, war also in dieser Theorie zwar der herrschende, allein durch viele Ausnahmen beschränkt. Sehr bald ging man in dieser Beschränkung noch weiter, indem man den Beweis in immer mehreren Fällen möglich fand, und gelangte auf diesem Wege zu dem gerade entgegengesetzten Princip, nach welchem der Kläger seine Klage, der Beklagte seine Einreden, kurz jede Parthey den Grund ihrer Anträge, auch wenn dieser in einer Negative bestände, beweisen sollte. Wenigstens von einer angesehenen Parthey praktischer Schriftsteller außer Deutschland, an deren Spitze Bartolus steht, wurde diese Ansicht angenommen, während Andere freilich mehr oder weniger an der älteren Theorie festhielten [19]).

---

19) Bartolus in L. in illa (8.) D. de verb. obl. in L. 5. §. 2. D. ne quis in jus voc. in L. 23. D. ex quib. caus. majores. Lanfranci de Oriano, Repetitio super cap. Quoniam contra X. de prob. Prooem. n. 1. Franciscus Herculanus Perusinus, de probanda negativa, in Tract. Tract. Tom. IV., beson-

Auch in Deutschland ist jene Ansicht schon in der älteren Zeit von der Mehrzahl der praktischen Schriftsteller angenommen worden [20]). Im siebzehnten und achtzehnten Jahrhundert haben sie besonders Cocceji und Just Henning Böhmer [21]), in der neuesten Zeit Weber [22]) vertheidigt, und viele Nachfolger gefunden [23]). Allein

---

ders Colon. 1578, Frft. 1664. 12. und die in der letzten Ausgabe mit abgedruckte kleine Schrift, die mit Unrecht dem Martinus de Fano zugeschrieben ist, da Bartolus und Baldus darin citirt werden. Pacianus de prob. I. c. 51. seqq. Mascardus de probat. concl. 686. 696. 986. 1043. 1093. 1116. 1120. — Die eleganten Civilisten des sechszehnten Jahrhunderts sind hier in keiner Beziehung von Bedeutung. Cujacius, vielleicht aus Ekel vor der geschmacklosen Behandlung dieser Materie durch die Praktiker, sagt geradezu, es lasse sich keine allgemeine Regel darüber aufstellen, in Paratitl. in Cod. et Dig. de prob. Die Ansicht des Donellus im Commentar zu Dig. und Cod. de prob. und die ähnliche des Vultejus de judiciis III. 7. n. 51. ist zwar eigenthümlich, aber nicht befriedigend.

20) Gaill. de pace publ. c. 18. n. 14. Hiltropii process. III. 8. tit. cui incumb. onus prob. n. 6. Rosbach praxis tit. 53. §. 12. Ummius Disput. XV, II. 9. Mevius Decis. V. 279. Brunnemann de processu cap. 18. Stryk Introductio ad prax. for. c. 17. §. 2.

21) Henr. de Cocceji Diss. de directa probatione negativae. Frft. 1698. 4. in ejusdem Exercit. cur. Vol. II. n. 8. J. H. Böhmer jus eccl. prot. II. 19. §. 3. sqq.

22) Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Halle 1805. 8.

23) Schaumburg princ. prax. jurid. p. 162. Estor Reichsprozeß §. 248. Danz bürg. Proz. §. 232. Martin bürg. Proz. §. 172. Gönner Handbuch des Prozesses Thl. 2. No. 37. §. 16. folg. Thibaut Pandekten §. 1147. Borst über die Beweislast im Civilprozesse. Bamberg 1816. Leipzig 1824. 8. Gensler im Archiv für civ. Praxis I. No. 21. §. 10. folg. S. 264. folg. Linde Civilprozeß §. 213.

auch die entgegengesetzte Ansicht hatte in der ältern Zeit [24]) und dann besonders seit Thomasius und Leyser [25]) ihre Anhänger [26]) die sie theils zu erweitern, theils aus der Natur der Sache zu begründen und näher zu bestimmen suchten [27]). Und selbst in der neuesten Zeit, ungeachtet die Weberschе Theorie viel Eingang gefunden, sind wieder einzelne Stimmen zu ihren Gunsten laut geworden [28]).

Der Streit kann also, wenn wir auch nur auf den Erfolg sehen, nicht für beendigt gehalten werden, da keine der beiden Theorien die entschiedene Herrschaft erlangt hat. Und auch wenn wir ihren Inhalt prüfen, können wir unmöglich die Untersuchung für abgeschlossen erklären. Denn obgleich durch die Bemühungen der neuesten Schriftsteller, besonders durch Webers treffliche Schrift [29]) die Sache

---

24) Sichardus in L. 23. C. de prob. Perez in Cod. de prob. Voet in Dig. eod.

25) Thomasius Diss. de onere probandi in actione negatoria. Leyser Med. ad Pand. sp. 255. med. 1. seqq.

26) Walch introduct. in contr. jur. civ. II. 2. §. 11. Schmidt Lehrbuch von gerichtl. Klagen §. 80. Claproth ord. Prozeß §. 170. 214. 217. und Andere. Vgl. Weber a. a. O. S. 188. Note 38.

27) Assmann Diss. de qualitate negativae ejusque probatione. Erford. 1761. 4. sucht auf philosophischem Wege den Begriff der Negative und so die Anwendung jener Regel näher zu bestimmen.

28) Klötzer Versuch eines Beitrags zur Berichtigung der Lehre von der Beweislast. Jena 1813. Kori im Archiv für civ. Praxis Bd. 8. No. 3.

29) Webers Schriften scheinen mir überhaupt ausgezeichnet durch Sinn für die eigentliche Rechtstheorie und das ächt Praktische. Die Mängel derselben liegen auf der historischen Seite, worin er seiner Zeit den Tribut zahlte.

wesentlich gefördert worden ist, so lassen doch alle bisher aufgestellten Theorien in vielen Beziehungen unbefriedigt. Unter diesen Umständen ist ein neuer Versuch über diesen Gegenstand wohl schon an sich gerechtfertigt, welcher, wenn er auch weder überall Neues liefert, noch die Sache ganz abthut, sondern mit Benutzung des bisher Geleisteten sie dem Ziele um Einen Schritt näher bringt, nicht ganz unnütz erscheinen wird.

In eine detaillirte Beurtheilung der früheren Theorien einzugehen, würde zu weit führen, und wenig Früchte bringen. Nur eine kurze Angabe der Hauptgründe, um deren willen sie mir nicht befriedigend erscheinen, ist unerläßlich. Doch werde ich mich auch hierbei in manchen Punkten auf das von Andern Gesagte beziehen können.

So bedarf namentlich die Ansicht, die in der Lehre von der Beweislast Alles auf Präsumtionen zurückführen will, keiner neuen Widerlegung, da Weber [30]) ihre Unrichtigkeit auf genügende Weise dargethan hat. Was ihr Wahres zum Grunde liegt, wird unten noch gelegentlich vorkommen.

Auch was Weber [31]) gegen die Behauptung, Negativen könnten und brauchten nicht bewiesen zu werden, beigebracht hat, verdient nachgelesen zu werden, indem er auf überzeugende Weise Beydes dargethan hat, daß Negativen bewiesen werden können, und nach bestimmter Vorschrift der Gesetze bewiesen werden müssen. Weniger richtig ist der von andern Schriftstellern häufig vorgebrachte Einwand,

---

30) a. a. O. V. n. 8. folg. S. 129. folg. S. 163. folg. S. 244.

31) a. a. O. VI. 3. n. 9. S. 187. folg.

die Regel: affirmanti, non neganti incumbit probatio, reiche deshalb nicht aus, weil jede Negative in eine Affirmative verwandelt werden könne, und umgekehrt [32]), da es begreiflicherweise nicht auf die positive oder negative (grammatische) Fassung des Satzes, den Ausdruck, sondern auf die Natur des Urtheils ankommt. Allein das scheint mir ein entscheidender Grund für die Unzulänglichkeit dieses Princips, wie es gewöhnlich genommen wird (nehmlich in Anwendung auf die einzelnen, getrennten Behauptungen der Partheyen, wodurch sie ihre Anträge begründen), daß häufig beide einander entgegengesetzte Behauptungen wahre Affirmativen sind. Wie soll in solchen Fällen, wenn z. B. über Minderjährigkeit und Großjährigkeit, Freiheit und Sclaverei, Solvenz und Insolvenz, oder über das Verhältniß der Vermächtnisse zum Betrag der Erbschaft Streit ist, nach der Regel: affirmanti incumbit probatio, die Beweislast bestimmt werden, da offenbar beide Theile auf gleiche Weise wahrhaft affirmiren?

Allein auch das von Weber aufgestellte Princip und andre, die im Wesentlichen damit übereinstimmen, scheinen mir unzureichend. Nach dieser Ansicht muß jede Parthey die Behauptungen beweisen, worauf sie ihre Anträge gründet, sollten es auch Negativen seyn. Hierbei entsteht aber die weitere Frage, was zu den Anträgen des einen

---

32) Schon die Glosse zu L. 2. D. de prob. sagt: Certe si diligenter attendas, non est aliqua negativa, quae tacitam non habeat affirmativam. Vgl. Glosse zu L. 5. C. de codicillis (6, 36.) v. probari. Bei den Neuern kommt diese Behauptung häufig vor. Vgl. Westphal von dem rechtl. Beweise einer Verneinung §. 6. 16. Trevear Theorie des Beweises S. 13. Gönner a. a. O. §. 18.

oder des andern Theils gehöre. In gewissen Beziehungen freilich ist dieß leicht zu bestimmen. Der Kläger muß seine Klage und eigentlichen Repliken, der Beklagte seine wahren Exceptionen und Dupliken beweisen, d. h. jede Parthey die Bedingungen der Rechte darthun, die sie vor dem Richter geltend macht. Allein damit ist die Sache nicht abgethan. Es kommen in dem Prozeß noch viele andre faktische Behauptungen vor, die weder zum Klaggrund gehören, noch wahre Einreden, Repliken oder Dupliken begründen. Dahin gehören namentlich alle Thatsachen, die der Beklagte vorbringt und vermöge deren die Klage ipso jure null seyn soll (uneigentlich Einreden genannt), so wie die faktischen Behauptungen des Klägers, wodurch wieder der nachtheilige Einfluß jener Thatsachen oder wahrer Exceptionen aufgehoben werden soll (uneigentliche Repliken). Was gehört nun hier zu den Anträgen des einen oder des andern Theils? Von dem zufälligen Umstande, wer zuerst sich auf eine Thatsache bezogen, kann dieß nicht abhängen [32a]). Auch entscheidet nicht der Begriff der exceptio, replicatio, u. s. w. im Gegensatz der negativen Litiscontestation. Denn diese Ausdrücke sind von den Neuern willkührlich auf diese Behauptungen übertragen, und bezeichnen eigentlich nur, daß sie, wie die wahre exceptio und replicatio vom Beklagten- oder vom Kläger zu beweisen sind. Da also die Entscheidung, was Einrede, Replik, Duplik in diesem Sinne sey, von der Beweislast abhängt, so können wir bei der Bestimmung dieser letztern nicht auf Jenes verweisen, sondern müssen das höhere gemeinschaftliche Princip aufsuchen. Dieß ist ein allgemeiner Vor-

32a) Weber a. a. O. S. 318. folg.

wurf, der alle Theorien dieser Classe trifft, insbesondere auch die Weberſche, wie jetzt gezeigt werden ſoll.

Weber ſagt [33]): „Wer ein Recht oder eine Befreiung von Rechten oder Anmaßungen Anderer ganz oder zum Theil mit Erfolg vor Gericht geltend zu machen ſucht, iſt ſchuldig, die noch ungewiſſen Thatſachen, deren Wahrheit das Recht oder die Befreiung als nothwendig vorausſetzt, zu beweiſen.“

Daß jede Parthey die von ihr behaupteten Rechte beweiſen müſſe, entſcheidet für den Beweis der Klage, der wahren Exceptionen, Repliken u. ſ. w. Was ſind nun aber Befreiungen? Dieß iſt ſchon an ſich ein höchſt unbeſtimmter Ausdruck. Man könnte darunter auch das Leugnen des Klaggrundes verſtehen, die negative Litisconteſtation (die doch gewiß den Beklagten nicht zum Beweiſe verpflichtet) wenn Weber ſich nicht ausdrücklich dagegen verwahrte [34]). Aber auch die wahre exceptio iſt eine Befreiung. Recht und Befreiung von einem Recht iſt alſo hier daſſelbe, während es in jener Regel als Gegenſatz erſcheint. Allein auch dieß betrifft mehr den Ausdruck, worüber wir nicht rechten wollen. Ziehen wir alſo Alles eben Genannte ab, ſo bleiben als wahre Befreiungen die uneigentlichen Einreden, Repliken, Dupliken übrig. Allein was iſt nun deren Merkmal? wann müſſen wir eine ſolche faktiſche Behauptung Einrede, Duplik in dieſem Sinne nennen? oder wann liegt dem einen, wann dem andern

---

33) a. a. O. S. 154.

34) a. a. O. S. 155. unten. Ich kann dieſen Ausdruck um nichts beſtimmter finden, als den von Martin gebrauchten, Vertheidigung. S. Weber S. 165.

Theil der Beweis darüber ob? Der Begriff einer Befreiung von Rechten oder Anmaßungen des Gegners ist ein viel zu unbestimmter, um hierfür ein sicheres Princip abzugeben. In der That hat dieß Weber selbst gefühlt, und in dem Verlauf seiner Abhandlung [35]) diese Lücke durch Folgendes zu ergänzen gesucht. Zur Begründung eines Rechts genüge der Beweis der wesentlichen Bedingungen desselben, welche regelmäßig seine Entstehung bewirken. Hingegen die allgemeinen Bedingungen aller Rechte, die Abwesenheit aller der Hindernisse, die möglicherweise der Begründung des Rechts in den Weg treten können, brauche der Berechtigte nicht darzuthun, da er die Regel für sich habe. Behaupte der Gegner solche Hindernisse, so liege ihm der Beweis ob, weil er sich auf eine Ausnahme von der Regel berufe, die nicht präsumirt werden könne. So z. B. brauche der Kläger nur das Rechtsgeschäft selbst, worauf er sich gründe, zu beweisen; behaupte der Beklagte dessen Nullität wegen Unmündigkeit oder Minderjährigkeit, so habe er diese als Grund einer Befreiung darzuthun.

Obgleich ich dieß für durchaus richtig halte, so scheint mir doch eben daraus die Unzulänglichkeit des von Weber an die Spitze gestellten Grundsatzes hervorzugehen, daß er noch der Ergänzung durch ein anderes Princip bedarf. Was dieses Princip selbst betrifft, so würde es, weiter verfolgt, auf das geführt haben, was sich uns unten als das Richtige ergeben wird. So hingestellt aber ist es höchst unbestimmt, und kommt eigentlich auf den in der Prä-

35) S. 242. folg.

Präsumtionstheorie angenommenen Grundsatz heraus: daß die Regel präsumirt werden müsse [36]).

Unternehmen wir nun, auf selbstständige Weise die allgemeinen Grundsätze über die Beweislast aufzusuchen, so ist hierbei zuvörderst zu berücksichtigen, daß diese Grundsätze durchaus nicht positiv, sondern in der Natur der Sache gegeben, ja ihrer allgemeinsten Grundlage nach nicht einmal auf die juristischen Verhältnisse eines Rechtsstreits beschränkt und dadurch bedingt sind. Wir werden daher sicher nicht irren, wenn wir für einen Augenblick die Grenzen der Jurisprudenz verlassen, und zusehen, was sich Analoges in den Verhältnissen des gemeinen Lebens finde. Wie ist es nun bei einem Streite, z. B. über eine historische Thatsache, oder eine Naturerscheinung? Wenn ein Dritter sie behauptet, wir sie leugnen, so werden wir sagen, Jenem liege der Beweis ob; ein Grundsatz der auf der einfachen Wahrheit ruht, daß wir von demjenigen, der uns überzeugen will, Gründe fordern; so lange also die von ihm behauptete positive Thatsache bezweifeln, oder nicht glauben, bis er uns diese Gründe beigebracht hat. Diese Regel ist aber mit der andern identisch: wer etwas Positives behaupte oder affirmire, müsse beweisen, nicht wer dieß leugne. Auf viele Fälle freilich wird dieß nicht anwendbar seyn, nehmlich wo beide Theile affirmiren, z. B. wenn bei einer doppelten Möglichkeit der Erste die eine, der Zweite die andre behauptet. Dann werden wir aber überhaupt nicht sagen können, daß Einem vorzugsweise der Beweis obliege, daher jene Regel hierdurch nicht erschüt-

---

36) Mascardus de prob. concl. 1268.

tert wird. Es hat sich also in diesen Verhältnissen des gemeinen Lebens die Regel: affirmanti incumbit probatio, non neganti, als eine durchaus natürliche bewährt, und es erklärt sich hieraus ihre Evidenz, und der Eingang, den sie immer wieder bei Solchen gefunden, die nur ihrem natürlichen Gefühle folgten. Auf der andern Seite hat sich aber auch gezeigt, daß sie nicht für alle Fälle zureichend sey, daß deshalb in diesen Verhältnissen des gemeinen Lebens oft gar nicht von einer überwiegenden Verbindlichkeit zum Beweise die Rede seyn könne.

Wenden wir nun diese Regel auf einen eigentlichen Rechtsstreit, auf den Civilprozeß an, so ist vor Allem darauf Rücksicht zu nehmen, was hier Gegenstand des Streits und des Beweises ist. Dieß sind immer Rechtsverhältnisse; Thatsachen nur, insofern jene davon abhängen. Auf jene Rechtsverhältnisse nun, nicht auf diese Thatsachen für sich betrachtet, muß die Regel: affirmanti incumbit probatio, angewendet werden, und giebt dann folgendes Resultat.

Wer ein bestimmtes Recht vor Gericht geltend macht, oder zu haben behauptet, muß dessen Daseyn beweisen, nicht der Gegner, der es leugnet, dessen Nichtdaseyn. Denn jener bejahet, und dieser leugnet nur, und der Richter muß so lange das Recht mit diesem bezweifeln, bis jener ihm überzeugende Gründe für sein Daseyn beigebracht hat. Dieß gilt vor Allem von dem Klagrecht, dem Rechtsverhältniß, welches den Hauptinhalt des ganzen Rechtsstreits ausmacht. Der Kläger muß dessen Daseyn darthun, da er es behauptet. Dem Beklagten, der es nur leugnet, liegt in dieser Beziehung keine Beweislast ob. Und in diesem Sinne ist die Regel: actori incumbit probatio, non reo, mit der

andern: ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat, identisch. Dieß gilt selbst bei Präjudizialklagen, wobei es häufig scheinen könnte, daß beide Theile affirmirten, z. B. wenn der Kläger behauptet, der Beklagte sey sein Sklave, und dieser sich auf seine Ingenuität beruft. Denn daß auch hier der Beklagte als solcher nur leugnet, ergiebt sich aus dem Inhalt des ihm günstigen Urtheils. Das absolutorische Urtheil nehmlich enthält auch hier eine reine Negation: servum illius non videri. Tritt freilich der Beklagte auch als Wiederkläger auf, so ist es anders. Er behauptet dann auch seinerseits ein Recht, z. B. die Freiheit, und muß dieß beweisen, und wenn ihm dieser Beweis gelingt, so hat das ihm günstige Urtheil natürlich einen positiven Inhalt [37]).

Dasselbe gilt für den Beklagten in Rücksicht der wahren exceptio. Auch diese ist ein selbstständiges Recht, welches der Beklagte geltend macht, dessen Daseyn er daher beweisen muß. Ebenso verhält es sich mit der wahren replicatio des Klägers, der duplicatio des Beklagten u. s. w.

Diese Regel leidet keine Ausnahme, auch dann nicht, wenn das behauptete Recht ein allgemeines ist, dessen ausnahmsweise Entziehung der Gegner behauptet [38]). Denn

---

37) L. 14. D. de prob. L. 39. pr. D. de liberali causa. Dieß ist, was man gewöhnlich freiwillige Uebernahme der Beweislast nennt. Ob dasselbe bei der Vindication möglich sey, hängt von der andern Frage ab, ob der Besitzer gegen denjenigen, der ihm sein Eigenthum bestreitet, mit einer Klage, der actio negatoria, auftreten könne, wofür sich im Allgemeinen viel sagen läßt.

38) L. 5. pr. D. de prob.

steht dieses Recht jedem Bürger zu, so ist es schon dadurch bewiesen, daß die Parthey sich als Bürger legitimirt, und es kann dann dem Gegner nur überlassen bleiben, den Gegenbeweis zu führen.

Ferner gilt diese Regel auch dann, wenn zu den faktischen Bedingungen jenes Rechts eine Negative gehört. Denn indem die Gesetze diese Thatsache zur Bedingung jenes Rechts erhoben, forderten sie von dem Berechtigten auch den Beweis derselben. Man sage nicht, daß auch hier der Richter das Nichtdaseyn der positiven Thatsache so lange annehmen müsse, bis der Gegner das Daseyn bewiesen, und daß es nicht die Absicht des Gesetzgebers seyn könne, diese natürliche Regel aufzuheben. Allerdings gilt diese Regel zu Gunsten des Beklagten, der das Recht des Klägers leugnet. Der Richter absolvirt den Beklagten, wenn der Kläger sein Recht nicht bewiesen hat. Allein nicht weil er von dem Nichtdaseyn dieses Rechts überzeugt wäre, sondern aus dem förmlichen Grunde, weil er ein Recht nicht anerkennen und schützen kann, von dessen Daseyn er keine Ueberzeugung gewonnen hat; er spricht für den Beklagten, schützt den gegenwärtigen faktischen Zustand, wenn ihm überhaupt in der Sache gar nichts klar geworden ist. Dasselbe Verhältniß wiederholt sich dann bei der exceptio, replicatio, und den weitern Rechtsmitteln. Hier aber ist die Negative Bedingung des von dem Kläger behaupteten Rechts; von ihr muß der Richter, wie von den übrigen Thatsachen des Klaggrundes, eine entschiedene positive Ueberzeugung haben, und diese wird ihm erst durch den Beweis des Klägers verschafft. Daher muß z. B. bei der condictio indebiti der Kläger als Stück

des Klaggrundes das indebitum beweisen [39]). Dasselbe trage ich kein Bedenken, für die condictio ob causam datorum als Regel anzunehmen [40]). Denn das Nichteintreten der causa futura ist wesentliche Bedingung der Obligation und Klage, und einer negativen Bedingung zu vergleichen, deren Erfüllung nach ausdrücklicher Erklärung der Quellen der Kläger beweisen muß [41]). So bei der Revocation der donatio sub modo, bei der Rückforderung der Dos wegen nicht erfolgter Ehe, und in ähnlichen Fällen jener Condiction. Nur bei den Innominatcontracten tritt vielleicht um eines andern Grundes willen eine Ausnahme ein. Bei Ausübung des jus poenitendi, glaube ich, ist dem Kläger der Beweis der Nichterfüllung des Gegners nicht aufzubürden. Denn er gründet sich dabei nur darauf, daß der Vertrag nicht gegenseitig bindend, und ihm deshalb noch der Rücktritt möglich sey. Behauptet der Gegner, er habe durch Annahme der Gegenleistung darauf verzichtet, so hat er dieß zu beweisen. Dieser Fall

---

39) L. 25. pr. D. de prob. Daß dieß hier aus einer Präsumtion erklärt wird, entscheidet nicht gegen die im Text behauptete Ansicht. Denn schlechte Gründe für richtige Sätze kommen öfter vor. Uebrigens ist der Beweis des indebitum häufig nicht so schwierig, als viele Schriftsteller ihn darstellen, die immer nur an den einen Fall denken, daß der Nichtempfang eines Darlehns bewiesen werden soll. In sehr vielen Fällen hängt ja die juristische Nichtexistenz jener Schuld von positiven Thatsachen ab.

40) Das Gegentheil behauptet, um der Negative willen, Kori a. a. O. S. 97. Allein die von ihm angeführten Beweisstellen L. 5. pr. L. 6. D. de cond. causa data. L. 4. C. de cond. ob caus. dat. enthalten nicht die mindeste Andeutung davon, und sagen über die Beweislast überhaupt gar nichts.

41) L. 10. D. de verb. obl.

kommt freilich heutzutage nicht mehr vor. Allein auch in dem zweiten Fall, wo das Hingegebne als Interesse des nicht erfüllten Contracts condicirt wird, möchte ich dasselbe annehmen. Eben, weil die condictio hier die Stelle der actio praescriptis verbis, der Contractsklage vertritt [42]), bei welcher nach allgemeinen Grundsätzen der Kläger die Nichterfüllung nicht zu beweisen braucht. Eine andre ganz singuläre Ausnahme tritt bei dieser Condiction im Fall der non numerata pecunia ein. Auch bei der Ausübung der lex commissoria des Kaufcontracts gründet sich der Kläger auf eine Negative und muß sie beweisen, nehmlich daß der Käufer in der bestimmten Frist nicht gezahlt habe. Denn dieß ist die negative Bedingung, an welche das vertragsmäßige Revocationsrecht des Verkäufers geknüpft ist [43]). Klagt er freilich auf Erfüllung, so muß er nur den Vertrag, der Käufer die solutio beweisen. Allein beide Wege können auch nicht combinirt werden [44]). Aus diesem Grunde, glaube ich, ist es mit der Beweislast anders bei der Austreibung des Emphyteuta, wegen Nichtzahlung des

---

42) Eine Stelle, woraus dieß besonders deutlich hervorgeht, ist L. 7. D. de praescr. verbis (Pap.). Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris: confestim agam praescriptis verbis, ut solvas, quanti mea interest: aut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas.

43) S. oben Note 41. Die von Kori a. a. O. angeführten L. 4. §. 4. L. 8. D. de lege commiss. beweisen das Gegentheil durchaus nicht. Den Beweis der Nichterfüllung kann sich der Verkäufer hier auf dieselbe Weise sichern, wie es im Wechselverkehr zu geschehen pflegt, durch einen Protest.

44) L. 4. §. 2. L. 7. D. de lege commiss. L. 4. C. de pactis inter empt.

Canon während drei Jahren. Denn hier klagt der Dominus auf den rückständigen Canon, wobei er dessen Nichtzahlung natürlich nicht zu beweisen braucht. Kann der Emphyteuta die Zahlung nicht darthun, so wird er condemnirt. Und da nun rechtskräftig feststeht, daß er ihn von drei Jahren her schuldig sey, so kann darauf die Privation gegründet werden, ohne daß es deshalb noch eines besondern Beweises bedarf [45]).

Nach derselben Princip muß auch der Beklagte jede Negative beweisen, worauf er eine wahre Exception gründet. So z. B. bei der exceptio fori non competentis, die eine wahre Negative enthält, indem sie die bestimmte Beziehung zwischen dem Richter und dem Beklagten leugnet, wodurch dieser letztere jenem unterworfen ist. Ebenso bei der exceptio casus, wo diese eine wahre Einrede ist [46]). Denn auch hier leugnet eigentlich der Beklagte die Beziehung der widerrechtlichen Handlung auf seinen Willen, und hat den Beweis dieser Negative zu führen, der auch als indirekter Beweis keine besondern Schwierigkeiten hat. Eine wahre Ausnahme von dieser Regel bildet die exceptio non numeratae pecuniae, welche des-

---

45) Dieser Zusammenhang scheint mir aus L. 2. C. de jure emphyt. und Nov. 120. c. 8. hervorzugehen. Es ist übrigens die gewöhnliche Meinung. S. Glossa in L. 2. cit. ad v. repellere, verbis: item quis probabit? Mascardus de prob. concl. 1325. n. 3.

46) Dieß ist sie, wenn der Kläger die culpa nicht zu beweisen braucht, z. B. bei der Klage gegen Schiffer und Wirthe nach L. 3. §. 1. D. nautae caup. stab. und bei der Klage aus der cautio judicio sisti nach L. 19. §. 1. D. de probat. L. 2. L. 4. D. si quis cautionibus.

halb keinen Beleg für die Behauptung abgiebt, daß Negativen niemals zu beweisen seyen. Der Grund dieser Abweichung war, wie ich glaube, der, daß die Stipulation hier keine selbstständige causa debendi bildete, sondern nur zur Unterstützung des Realcontractes diente. Nach strengem Recht freilich band schon die Stipulation den Schuldner. Allein dem wirklichen Rechte und der Absicht der Contrahenten gemäß erst die Hinzahlung des Darlehns. Daher diese als Klaggrund behandelt und dem Kläger der Beweis darüber aufgelegt wurde, obgleich der Strenge nach der Beklagte, der sich auf die Nichtzahlung berief, wahrhaft excipirte. Dieß ist ohne Zweifel die naturalis ratio, worauf L. 10. C. de non num. pecunia [47]) die Befreiung des Beklagten von der Beweislast gründet, und nicht die Regel, daß der Beweis der Negativen unmöglich und deshalb nicht zu fordern sey. Doch mag die Schwierigkeit des Beweises der Negative in diesem Falle zur Annahme dieser Anomalie mitgewirkt haben. Noch weniger entscheidend gegen unsre Ansicht ist, daß bei der sg. exceptio non adimpleti contractus der Beklagte die Nichterfüllung nicht zu beweisen habe, sondern der Kläger die Erfüllung. Denn nur die aus demselben Geschäft entspringende Gegenforderung ist es, worauf der Beklagte diese Einrede gründet, wobei er die Nichterfüllung eben so wenig zu beweisen braucht, als wenn er diese Forderung durch Klage verfolgte [48]).

Die Regel, daß jede Parthey die Bedingungen des

---

47) S. oben Note 9

48) Diese Ansicht findet sich durchgeführt von Heerwart im Archiv für civ. Praxis Bd. 7. No. 18.

von ihr behaupteten Rechts beweisen müsse, entscheidet ferner auch in denjenigen Fällen, wo zwar die jenes Recht, z. B. die Klage unterstützende faktische Behauptung affirmativ ist, die entgegengesetzte Behauptung des andern Theils aber auf gleiche Weise, z. B. wenn der Kläger Restitution wegen Minderjährigkeit fordert, der Beklagte behauptet, er sey zu der Zeit jenes Rechtsgeschäfts schon großjährig gewesen. Die Regel: affirmanti incumbit probatio, in der gewöhnlichen Weise genommen, nehmlich auf die einzelnen faktischen Behauptungen der Partheyen bezogen, entscheidet hier nicht, denn beide Theile affirmiren; wohl aber in unserm Sinne. Der Kläger behauptet das Recht der in integrum restitutio zu haben, und muß dessen Bedingungen, also insbesondre seine Minderjährigkeit zur Zeit des ihn lädirenden Geschäfts beweisen; nicht der Beklagte des Klägers Großjährigkeit, da er jenes Recht in seinen faktischen Bedingungen leugnet [48a]).

Der gewöhnlichste Fall freilich ist der, daß auch jene faktischen Behauptungen der Partheyen, worauf sie ihre Rechte gründen, wahre Affirmativen sind, und daß der Gegner, indem er diese bestreitet, wahrhaft negirt, wo dann die Beweislast nach den verschiednen Theorien auf dieselbe Weise zu bestimmen ist.

Wir gingen davon aus, daß das Daseyn des behaupteten Rechts bewiesen werden müsse. Wie wird dieß nun aber bewiesen? Ein direkter Beweis ist unmöglich. Denn

---

48a) L. 4. C. de in int. rest. min. (2, 22.) Die Großjährigkeit muß derjenige beweisen, welcher darauf die Bitte gründet, daß ihm die Administration seines Vermögens übergeben werde. L. 32. L. 43. D. de minorib.

das Daseyn eines Rechtsverhältnisses ist eine ideelle, unsichtbare Thatsache. Zeugnisse können darüber nicht abgelegt werden. Selbst Geständnisse und Eide sind nicht beweisend, die, auf das Recht gerichtet, ein Urtheil enthalten würden [49]). Also ist nur ein indirekter Beweis möglich, durch Schlußfolgerungen aus andern Thatsachen. Welches sind nun die Thatsachen, von welchen mit Sicherheit auf das Daseyn des Rechts geschlossen werden kann? Man könnte denken, die Thatsachen der Ausübung. Allein da die Ausübung, oder was dem Recht als Faktum entspricht, von dem Rechte selbst getrennt gedacht werden kann, so gilt davon auf das Recht kein sicherer Schluß, z. B. kein Schluß vom Besitz auf das Eigenthum. Also können es nur die Thatsachen seiner Entstehung seyn. Alle Rechte sind jura quaesita, d. h. sie sind einmal erworben, entstanden durch gewisse äußere sinnlich wahrnehmbare Thatsachen, an welche, als an ein sichtbares Zeichen, die Entstehung des Rechts als unsichtbare gedachte Thatsache geknüpft ist. Die Entstehung des Rechts wird also dargethan durch den Beweis jener äußern Thatsachen. Aber genügt dieß zur Begründung einer Klage oder Einrede, bei welchen offenbar ein gegenwärtiges Recht vorausgesetzt wird? Muß nicht die Fortdauer des Rechts bis zu diesem Augenblicke bewiesen werden? Die Fortdauer des Rechts ist im Allgemeinen durch äußere Thatsachen nicht bedingt, auch nicht durch seine Ausübung, sondern ist eine natürliche aber unsichtbare Folge seiner einmaligen

---

49) Das gerichtliche Geständniß kann zwar nach dem oben S. 305. Gesagten auch auf das Recht gerichtet werden. Allein es ist kein Beweisgrund, worauf im Allgemeinen zu rechnen wäre.

Entstehung, kann also in der That gar nicht bewiesen werden. Zwar ist auch der Verlust oder Untergang der Rechte an bestimmte äußere Thatsachen geknüpft, und durch den Beweis, daß die Thatsachen nicht vorgekommen, könnte demnach die Fortdauer des Rechts dargethan werden. Allein ein solcher Beweis, daß keiner der Umstände eingetreten, welche den Untergang des Rechts bewirken können, ist absolut unmöglich. Aus diesen Gründen zusammengenommen ergiebt sich der natürliche Grundsatz, daß die Fortdauer eines einmal begründeten Rechts präsumirt werden müsse. Es genügt daher zum Beweise seines Daseyns im Augenblick des Prozesses der Beweis seiner einmaligen Entstehung, ein Grundsatz, der so sehr in der Natur der Sache liegt, daß wir ihn annehmen müßten, wenn ihn das Römische Recht auch nicht so bestimmt anerkennte [50]).

Bestätigt wird er durch den Gegensatz. Mit faktischen Zuständen nehmlich ist es anders. Deren Fortdauer kann aus allgemeinen Gründen nicht präsumirt werden, obgleich auch dieß häufig behauptet worden ist [51]); vielmehr muß, wenn das Recht des Klägers von einem solchen faktischen Zustande abhängig ist, dessen Fortdauer bis zum gegenwärtigen Augenblick dargethan werden, womit indeß nicht behauptet werden soll, daß Präsumtionen hier ganz ausgeschlossen seyen. So ist es namentlich mit dem Besitz,

---

50) Er findet sich für Eigenthum in L. 12. C. de prob., für Pfandrecht in L. 23. D. cod., für Obligationen in L. 1. C. eod., für die Freiheit in Nov. 90. c. 6.

51) Mascardus de probat. concl. 1084. 874. Hierauf scheint auch Kori a. a. O. S. 92. den Grundsatz, daß Negativen nicht bewiesen zu werden brauchten, zu gründen.

wenn er Bedingung der Klage ist, in der Person des Klägers bei possessorischen Klagen, oder in der Person des Beklagten, z. B. bei der rei vindicatio und actio ad exhibendum [52]).

Behauptet also der Gegner den spätern Untergang des Rechts, so muß er, um jene Präsumtion zu zerstören, Thatsachen beweisen, welche das Recht aufzuheben im Stande sind. Aus diesem Grunde muß der Schuldner die Tilgung der Obligation darthun [53]); der Besitzer der vindicirten Sache deren neueren Erwerb [54]). Ja dieß gilt selbst dann, wenn der Untergang des Rechts durch eine negative Thatsache bedingt ist, wie z. B. der Untergang der Servituten durch Nichtgebrauch. Denn da nicht sowohl die fortgesetzte Ausübung des Rechts Bedingung seiner Fortdauer, als vielmehr die Nichtausübung Ursache seines Unterganges ist, so muß auch hier dem Berechtigten jene Präsumtion zu statten kommen, und dem Gegner der Beweis der Negative aufgelegt werden [55]). Die Neuern nennen freilich auch diese Einwendungen des Beklagten

---

52) Vgl. Savigny Besitz §. 35. S. 415. folg. der fünften Ausgabe.

53) L. 1. C. de probat. L. 12. L. 25. §. 2 D. eod.

54) L. 16. C. de probat. L. 1. §. 2. D. de exc. rei vend.

55) Das Gegentheil behauptet natürlich Kori a. a. O. S. 98. Allein ich glaube nicht, daß aus den von ihm angeführten Stellen, worin gesagt wird: usu retinetur servitus, die im Text behauptete Ansicht widerlegt wird. Bei der Klagenverjährung freilich ist es in jeder Beziehung anders. Diese zerstört nicht das Recht selbst, sondern giebt nur eine Einrede gegen die Klage, welche, wie es schon ihr Name, exceptio oder praescriptio temporalis, ergiebt, nur auf den Zeitablauf gegründet wird. Die Unterbrechung durch Anstellung der Klage gehört zum Gegenbeweis.

Exceptionen, und unterscheiden sie hierdurch von der negativen Litiscontestation, dem bloßen Leugnen des Klaggrundes. Allein diese Bezeichnung ist nur von der Beweislast hergenommen. Klaggrund nennt man in dieser Verbindung vorzugsweise nicht das Recht des Klägers (causa proxima actionis), sondern dessen Entstehungsgrund (causa remota), weil hierauf zunächst der Kläger seinen Beweis richtet. Einreden diejenigen Thatsachen, wodurch das Recht des Klägers später zerstört seyn soll, weil der Beklagte sie beweisen muß. Wahre Exceptionen aber sind es nicht, insofern sie den Untergang des Rechts nach strengem Recht zur Folge haben, also die Nullität der Klage ipso jure daraus abgeleitet wird. Es sind eigentlich Thatsachen des direkten Gegenbeweises, da das direkte Gegentheil dessen, was der Kläger behauptet und zu beweisen versucht, das Nichtdaseyn des von ihm behaupteten Rechts dadurch bewahrheitet werden soll.

Auf die oben aufgeworfne Frage, wie das Daseyn eines Rechts bewiesen werden müsse, war also die erste Antwort die: durch den Beweis seiner Entstehung. Wir fragen nun aber weiter: welche Thatsachen gehören zu seiner Begründung? wie viel muß der Kläger darthun, damit der Richter von der Entstehung jenes Rechts überzeugt werde? Dieß bestimmen die Gesetze für die einzelnen Rechtsverhältnisse, durch Anordnung ihrer eigenthümlichen Entstehungs- oder Erwerbungsgründe. Allein außerdem giebt es noch unzählige allgemeinere Bedingungen und Hindernisse der Entstehung eines Rechts. Muß auch in dieser Beziehung Alles von dem bewiesen werden, der das Recht geltend macht? Gewiß nicht. Wer ein Recht vor

Gericht geltend macht, braucht nur dessen eigenthümliche, unmittelbare, wesentliche Bedingungen darzuthun; dieß reicht hin, um den Richter von dem Daseyn desselben zu überzeugen. Ueber andre Umstände, die seine Entstehung hinderten, muß der Gegner den Beweis führen, wenn er sich darauf beruft. Es ist dieß der Grundsatz, den wir oben bei Prüfung der Weberschen Theorie erwähnten, und welcher jetzt innerlich zu begründen, und mit dem allgemeinen an die Spitze gestellten Princip der Beweislast in Verbindung zu setzen ist, wenn anders unserer Theorie dieselbe Unbestimmtheit und Incohärenz nicht vorgeworfen werden soll, die wir früher an der Weberschen rügten.

So viel nun ist zuvörderst klar, daß auch hier die Bestimmung der Beweislast nicht daraus erklärt werden könne, daß jene Thatsachen Exceptionen des Beklagten seyen. Wir setzen nehmlich voraus, daß sie es nicht sind im Sinne des Römischen Rechts, sondern daß sie die Klage ipso jure ausschließen. Daß die Neuern aber sie zu den Einreden rechnen, hat wieder seinen Grund nur darin, daß der Beklagte sie beweisen muß. In der That gehören auch sie eigentlich zu seinem direkten Gegenbeweise, wodurch er den von dem Kläger geführten Beweis seines Rechts zu zerstören sucht. Es bleibt also immer noch die Frage unbeantwortet, warum der Beklagte sie beweisen müsse, weshalb der Kläger durch den Beweis des eigentlichen Erwerbungsgrundes genug bewiesen habe? Wir könnten sagen, weil die Gesetze eben diesen zur Bedingung des Rechts erhoben haben. Allein dagegen wird man einwenden, daß sie die Entstehung des Rechts auch von jenen andern Bedingungen abhängig gemacht haben. Der wahre

Grund ist also der, daß jenes die Thatsachen sind, welche die Entstehung des Rechts seinem Begriff nach, also auch in der Regel zur Folge habe. Die Regel nehmlich in diesem Sinne bildet nicht die Mehrzahl einzelner Fälle, sondern was unmittelbar aus dem Begriffe eines Rechts oder Rechtsgeschäfts abgeleitet werden kann [56]). Jene andern Bedingungen der Entstehung eines Rechts oder der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts hingegen gehören nicht unmittelbar seinem Begriff an. Wird daher hierauf das Nichtdaseyn des Rechts, die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts gegründet, so ist dieß Ausnahme von der Regel, welche dargethan werden muß, da die Regel so lange angenommen wird, bis die Ausnahme bewiesen ist. Der Gegensatz der Regel und Ausnahme in diesem Sinne fällt aber ganz zusammen mit dem der Affirmative und Negative. Denn was ist ein affirmatives Urtheil anders, als das Setzen der Verbindung eines Subjektbegriffes mit einem Prädikate, welches nicht schon in der Sphäre jenes Begriffs enthalten ist? Das negative leugnet diese Verbindung, ohne hierdurch irgend ein andres besondres Merkmal zu behaupten. Der Negirende affirmirt nur insofern, als er das Daseyn jenes Subjektbegriffs selbst behauptet. Dessen wesentliche Merkmale, aber auch nur diese, hat er zu beweisen, um zu erreichen, was die allgemeine Rechtsregel als Folge an jenen Begriff geknüpft hat. Es ist also gleichbedeutend, wenn wir sagen: wer affirmirt, müsse beweisen,

---

56) Es wird dadurch nicht geleugnet, daß auch die Mehrzahl einzelner Fälle, als das Gewöhnliche, eine Regel, und hierdurch eine Präsumtion begründen könne. Dieß ist aber denn ganz etwas Anderes, als wovon hier die Rede ist.

nicht wer negirt, oder: wer die Ausnahme behauptet, nicht, wer sich auf die aus dem Begriff eines Rechts oder Rechtsgeschäfts abgeleitete Regel beruft. So daß, was wir als allgemeinstes Princip der Beweislast an die Spitze stellten, sich auch auf diesem Punkte als das Entscheidende bewährt.

Allein um den Beweis davon vollständig zu führen, müssen die so eben aufgestellten Behauptungen in einzelnen Verhältnissen durchgeführt werden, wodurch sie zugleich an Anschaulichkeit und Klarheit gewinnen werden. Diese Durchführung hat freilich in manchen Fällen noch bedeutende Schwierigkeiten. Allein diese liegen nicht in dem Princip, sondern darin, daß bei den einzelnen Rechtsverhältnissen häufig noch zweifelhaft seyn wird, welche die aus ihrem Begriff abgeleiteten Bedingungen seyen. Ein Zweifel, der nicht durch allgemeine Regeln gelöst werden kann, sondern nur durch Untersuchung der Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse, und durch Benutzung der Winke, die die Gesetze selbst darüber geben.

Zugleich wird sich zeigen, daß die Regel: affirmanti incumbit probatio, in dem gewöhnlichen Sinn, nehmlich auf die einzelnen faktischen Behauptungen der Partheyen bezogen, auch hier weder richtige Resultate gewähre, noch zur Entscheidung aller Fälle ausreiche, indem häufig beide Theile affirmiren. In unserm Sinne aber ist sie allemal entscheidend, indem wir die faktischen Behauptungen nicht für sich, sondern in ihrer Beziehung auf das streitige Recht betrachten. In dieser Verbindung werden sie allemal für den einen Theil eine wahre Affirmative, für den andern eine Negative enthalten. Auch dieß wird sich am voll-

stän-

ständigsten an den einzelnen Beispielen zeigen lassen, zu deren Betrachtung ich jetzt übergehe.

1) Zu den allgemeinen Bedingungen der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts gehört die Handlungsfähigkeit der Partheyen, deren Beweis unbestritten nicht von dem Kläger, der sich auf jenes Rechtsgeschäft gründet, gefordert wird. Sondern wenn der Beklagte die Nullität jenes Geschäfts, z. B. wegen Unmündigkeit oder Minderjährigkeit behauptet, so muß er diese beweisen [57]). Nicht weil die Behauptung der Minderjährigkeit an sich eine Affirmative ist; denn die Behauptung der Großjährigkeit ist es auf gleiche Weise. Auch nicht weil Großjährigkeit die Regel bildete, und zu präsumiren wäre [58]). Sondern nur deshalb, weil der Kläger nicht mehr als die im Begriff jenes Rechts oder Rechtsgeschäfts liegenden Bedingungen zu beweisen hat; also z. B. wenn er das Eigenthum einer Sache behauptet, nur, daß er sie in Folge eines Kaufs oder einer Schenkung tradirt erhalten habe. Er hat dann die aus dem Begriff der Tradition fließende Regel für sich, daß wer eine Sache ex justa causa tradirt erhalten, Eigenthümer sey, worauf der Richter seine Ueberzeugung von dem Rechte des Klägers gründen kann, wenn der Beklagte nicht Umstände nachweist, durch welche ausnahmsweise die

---

57) Es ist dieß keine wahre Einrede. Man kann also nicht sagen, daß der Beklagte auf die Unmündigkeit ein Recht gründe.

58) Dieß kann man eher behaupten, wenn das Geschäft wegen Wahnsinn angefochten wird. Vernünftiger Wille ist dem Menschen überhaupt eigen, und deshalb im Zweifel anzunehmen. Dem, der die Geistesabwesenheit behauptet, liegt also aus doppeltem Grunde die Beweislast ob. L. 5. C. de codicillis (5, 36.)

Wirkung der Tradition verhindert worden ist. Oder: der Beklagte behauptet Tradition eines Minderjährigen, welche rechtlich ungültig ist. Der Kläger behauptet nicht Tradition eines Großjährigen, sondern Tradition überhaupt, ihrem allgemeinen Begriff nach, welche Eigenthum giebt. Jener affirmirt also, Dieser negirt, daher Jenem, nicht Diesem der Beweis obliegt.

2) Wenn Streit darüber ist, ob der Contract, worauf geklagt wird, pure oder mit einer Bedingung geschlossen sey, so fragt sich, wer beweisen müsse. Weber behauptet, der Kläger müsse beweisen [59]); Andre, der Beklagte, weil bei weitem mehr unbedingte als bedingte Contracte geschlossen würden, und der Kläger in diesem Sinne die Regel für sich habe [60]), oder weil die Hinzufügung der Bedingung ein positives Faktum sey, welches der Beklagte behaupte, der Kläger leugne [61]). Ich stehe nicht an, der zweiten Meinung im Resultat beizutreten, jedoch aus andern Gründen, als die angeführten. Denn die Mehrzahl der unbedingten Verträge wird sich schwerlich nachweisen lassen, und der Umstand, daß die Bedingung ein positives Faktum ist, entscheidet nicht, da häufig auch Negativen bewiesen werden müssen. Der richtige Grund ist folgen-

---

59) a. a. O. S. 328. folg.

60) Claproth ord. bürg. Prozeß §. 217. „Unter tausend Verträgen wird kaum einer bedingungsweise geschlossen, und dasjenige muß doch wohl vorerst angenommen werden, was gewöhnlicherweise zu geschehen pflegt."

61) So müßten diejenigen argumentiren, die die Regel: affirmanti, non neganti etc. auf die einzelnen faktischen Behauptungen der Partheyen beziehen.

der. Der Kläger behauptet einen Contract, und muß diesen natürlich beweisen. Diesen Beweis führt er aber durch Darlegung der allgemeinen Merkmale eines gültigen Vertrags, und dieß genügt, um der Regel nach den Beklagten zu verpflichten. Behauptet dieser eine Bedingung, so fügt er ein neues Merkmal hinzu, wodurch der engere Begriff eines bedingten Vertrages entsteht. Der Kläger also beruft sich auf die Wirkung des Vertrags überhaupt, auf die Regel, der Beklagte auf die beschränktere Wirkung eines bedingten Vertrags, die Ausnahme. Oder, was wieder damit vollkommen zusammentrifft: der Beklagte, welcher anführt, der Vertrag sey ein bedingter gewesen, affirmirt; der Kläger, welcher sich nicht eigentlich auf einen unbedingten Vertrag, sondern auf einen Vertrag überhaupt gründet, negirt, daher jenem, nicht diesem der Beweis obliegt [62]).

3) Nach demselben Princip hat der Beklagte die Eigenschaften der streitigen Sache zu beweisen, welche den Erwerb für den Kläger gehindert haben sollen, z. B. Unveräußerlichkeit als res dotalis oder litigiosa. Der Kläger braucht nur den Erwerb selbst darzuthun. Dieß gilt selbst dann, wenn jene Eigenschaft ein eigenthümliches Hinderniß dieser bestimmten Erwerbungsart ist, wie die Eigenschaft einer res vitiosa bei der Usucapion. Denn die Usucapion ist ihrem Begriff nach Erwerb des Eigenthums durch fortgesetzten Besitz. Mehr braucht also der Kläger nicht zu beweisen, als den rechtmäßigen Erwerb und die

62) Vgl. auch Gesterding im Archiv für civ. Praxis Bd. 2. No. 18. S. 217. folg.

Dauer seines Besitzes. Daß res vitiosae ausgenommen sind, folgt nicht aus dem Begriff der Usucapion, sondern ist eine singuläre Beschränkung, eine Ausnahme von der Regel, die bewiesen werden muß.

4) Der Erbe, welcher einem Legatar den Abzug der Quarta Falcidia machen will, muß nach ausdrücklicher Bestimmung der Gesetze beweisen, daß die Summe der Legate mehr als drei Viertheile der Erbschaft betrage [63]). Dieß kann nicht daraus erklärt werden, daß die Berufung auf die lex Falcidia für eine Exception zu halten sey, denn das Legat ist, in so weit es die Quart verletzt, ipso jure null [64]). Auch nicht daraus, daß der Erbe durch die Behauptung, die Quart sey verletzt, affirmirt; denn der Legatar, welcher anführt, die Erbschaft betrage so Viel, daß nach Abzug der Legate die volle Quart übrig bleibe, thut dieß eben so wohl. Sondern nur aus dem erwähnten allgemeinen Grundsatz. Die aus dem Begriff des Legats hervorgehenden Merkmale oder Bedingungen desselben bestehen in einer förmlich gültigen testamentarischen Disposition, wodurch über ein einzelnes Recht von Todeswegen verfügt wird. Dieser war schon durch das Zwölftafelgesetz Rechtskraft verliehen worden. Mehr als dieß braucht der Kläger nicht darzuthun, um von dem Richter die Anerkennung seines Rechts zu erhalten. Wenn später die lex Falcidia diese allgemeine Verfügung des Zwölftafelgesetzes beschränkte, so änderte sie damit den Begriff des Vermächt-

---

63) L. 17. D. de probat. (Celsus) Cum de lege Falcidia quaeritur, heredis probatio est, locum habere legem Falcidiam: quod dum probare non potest, merito condemnabitur.

64) L. 73. §. 5. D. ad legem Falcidiam.

nisses nicht, sondern begründete eine Ausnahme von seiner allgemeinen Wirksamkeit, welche natürlich derjenige beweisen muß, der sich darauf beruft. Dasselbe gilt ohne Zweifel auch für den Grundsatz, daß dem Onerirten nicht mehr zu leisten auferlegt werden könne, als er durch die Liberalität des Testirers empfängt, obgleich dieser Grundsatz in der Natur der Verhältnisse liegt, und gewiß so alt ist, als das Recht der Legate überhaupt. Denn auch die Beobachtung dieses Grundsatzes gehört nicht zu den Merkmalen des Legats, welche seinen Begriff ausmachen, sondern bildet eine Beschränkung der sonst freien Dispositionsbefugniß des Testirers.

5) Aus demselben Grunde bin ich mit Weber [65]) der Ansicht, daß der Cessionar nur den Kauf der Forderung zu beweisen habe, dem Schuldner aber der Beweis, daß die lex Anastasiana verletzt sey, freigelassen werden müsse. Das Gegentheil behauptet Borst [66]), indem nach der Vorschrift des K. Anastasius die Entrichtung des vollen Werthes der Forderung zu den wesentlichen Bedingungen einer gültigen Cession gehöre. Dieß ist wahr; aber dasselbe Argument trifft auch die lex Falcidia, bei welcher doch die Gesetze selbst die Beweislast im entgegengesetzten Sinne bestimmen. Dasselbe muß auch hier gelten. Denn die Beobachtung der lex Anastasiana ist zwar wesentliche Bedingung der gültigen Cession, aber nicht eine Bedingung, die unmittelbar aus ihrem Begriff abgeleitet werden könnte. Dieß ist nur der Kauf der Forderung

---

65) S. 277. Vergl. auch Mühlenbruch Cession §. 61. S. 577.

66) a. a. O. S. 64.

überhaupt. Der Kläger, der diesen dargethan, hat genug bewiesen. Denn in der Regel giebt der Kauf einer Forderung die Rechte, die der Kläger geltend macht. Behauptet der Schuldner die ausnahmsweise Ungültigkeit desselben wegen des Anastasischen Gesetzes, so ist dieß Sache seines Gegenbeweises.

6) Der Legatar braucht nur die Anordnung des Legats zu beweisen, nicht daß der Testirer es nicht später wieder zurückgenommen habe. Die ademptio legati, muß der Erbe darthun, wenn er sie behauptet [67]). Der Umstand, daß dieser eine positive Thatsache behauptet, jener sie nur leugnet, ist nicht eigentlich das Entscheidende. Eben so wenig die Regel, daß die Fortdauer einmal begründeter Rechtsverhältnisse zu präsumiren sey. Denn hat der Testirer das Legat vor seinem Tode zurückgenommen, so ist ein Recht daraus niemals erworben gewesen. Daß aber die Fortdauer des Willens präsumirt werden müsse, was Viele behauptet haben [68]), kann ich nicht zugeben. Der entscheidende Grund scheint mir wieder der, daß die der Form nach gültige Anordnung des Legats zur Gültigkeit desselben im Allgemeinen hinreicht, es müßte denn ausnahmsweise durch eine ademptio wieder aufgehoben seyn.

Auch wahre Negativen müssen in Folge dieses Princips bewiesen werden. So namentlich in folgenden Fällen.

7) Wenn aus einem rechtskräftigen Urtheil geklagt oder excipirt wird, und der Gegner behauptet die Nullität des Urtheils, um der Incompetenz des Richters willen,

---

67) L. 22. D. de probat. L. 22. D. de leg. 2. L. 11. §. 12. D. de leg. 3.

68) Mascardus de prob. concl. 1424.

oder weil im Prozeß irgend etwas Wesentliches unterlassen worden sey. In beiden Fällen liegt eine wahre Negative vor, und doch muß derjenige beweisen, der sich darauf beruft. Und zwar deshalb, weil von demjenigen, der sich auf das Urtheil beruft, nicht mehr gefordert werden kann, als der Beweis des Daseyns einer der äußern Form nach gültigen richterlichen Verfügung, welche in der Regel den Gegner verpflichtet. Behauptet dieser um anderer Umstände willen ausnahmsweise deren Ungültigkeit, so hat er den Beweis dieser Umstände zu führen.

Ebenso 8) wenn der Kläger die streitige Sache vom Vormunde des Beklagten gekauft zu haben behauptet, und dieser die Gültigkeit der Veräußerung bestreitet, weil jener nicht administrirender Vormund gewesen sey. Der Kläger gründet sich auf die Regel, wonach der Vormund überhaupt im Namen des Mündels veräußern kann. Der Beklagte behauptet eine Ausnahme, und muß sie beweisen. Oder: der Beklagte behauptet, jener Vormund sey tutor honorarius gewesen, der Kläger leugnet dieß. Jenes ist eine Affirmative, dieß eine wahre Negative. Denn der Kläger behauptet nicht sowohl, daß jener Vormund tutor gerens gewesen, sondern gründet sich nur darauf, daß er Vormund überhaupt gewesen sey, und deshalb der Regel gemäß gültig habe veräußern können.

Ueberhaupt gehört dahin die gewöhnlich aufgestellte allgemeine Regel, daß wer die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts, z. B. der Emancipation [69]), eines Testamentes [70]),

---

69) L. 5. §. 1. D. de prob.

70) L. 11. C. eod.

eines Kaufs [71]) oder sonst eines Vertrags [72]), der Ehe [73]) behaupte, die Gründe der Ungültigkeit beweisen müsse. Denn hierbei wird vorausgesetzt, daß die aus dem Begriff des Rechtsgeschäfts abzuleitenden Bedingungen desselben bewiesen sind, daß es diesen äußern Merkmalen nach auf den ersten Blick als gültig erscheine, und vermöge anderer Umstände seine Ungültigkeit behauptet werde.

Auch hängt von demselben Princip die Entscheidung zweier Fälle ab, wo die Beweislast bestritten ist.

1) Wenn bei der rei vindicatio der Kläger sich auf einen derivativen Erwerb gründet, so fragt es sich, ob er das Recht seiner Auktoren beweisen müsse. Diese Frage ist in neuerer Zeit von Thibaut [74]) von Neuem untersucht, und zu Gunsten des Klägers entschieden worden, während die entgegenstehende Ansicht die herrschende genannt werden muß. In eine detaillirte Prüfung dieser verschiedenen Meinungen können wir hier nicht eingehen. Auch hat Unterholzner bereits die von Thibaut angeregte Sache aufgenommen und gegen dessen Theorie, wie mich dünkt, sehr treffende Gegenbemerkungen gemacht [75]). Für

---

71) Mascardus de prob. concl. 1408.

72) L. 30. D. de verb. obl.

73) Z. B. wegen Ehehindernisse. Auch hier können häufig Negativen Gegenstand des Beweises seyn, z. B. daß die Eltern nicht eingewilligt.

74) Archiv für civ. Praxis Bd. 6. No. 15.

75) Ebendaselbst Bd. 7. No. 13. Auf dieselbe Frage bezieht sich ein Aufsatz von Henschel, ebendaselbst, Bd. 9. No. 16., auf welchen näher einzugehen, gleichfalls von dem gesteckten Ziel, Aufstellung eines allgemeinen Princips der Beweislast, zu weit abführen würde.

unsern Zweck genügt es zu bemerken, daß die Entscheidung dieser Frage aus allgemeinen Gründen lediglich davon abhängt, ob das Recht des Auktors zu den Bedingungen des derivativen Erwerbes gehöre, welche unmittelbar aus dessen Begriff abgeleitet werden müssen. Nach Thibauts Ansicht ist dieß nicht der Fall, und deshalb fordert er darüber von dem Kläger eben so wenig Beweis, als über die Veräußerungsbefugniß seines Auktors. Der Kläger habe nur den Erwerb selbst, Kauf oder Schenkung und Tradition, oder Legat zu beweisen, und dann sey die Legalität des Geschäfts in jeder andern Beziehung, also auch was das Recht des Auktors betrifft, zu präsumiren. Behaupte der Beklagte hierin einen Mangel, so liege darüber ihm der Beweis ob. Ich muß mich schon aus allgemeinen Gründen für das Gegentheil entscheiden, indem es zu genau mit dem Begriff und Wesen jeder Succession zusammenhängt, daß das Recht des Successors auf das des Auktors gegründet werde. Daß dieß aber auch die Ansicht des Römischen Rechts sey, dafür scheint mir noch immer ein entscheidender Beweis darin zu liegen, daß von dem Pfandgläubiger der Beweis des Eigenthums seines Auktors gefordert wird [76]).

---

76) Ich kann der Ansicht, daß der Pfandgläubiger in jeder Beziehung, auch wenn er mit der actio hypothecaria auftritt, den Schuldner und Eigenthümer repräsentire, nicht beipflichten. Das Römische Recht sagt doch nur, der Pfandgläubiger mache den Käufer des Pfandes zum Eigenthümer, weil er gleichsam mit dem Willen des Schuldners verkaufe, in demselben Sinne, wie der Usufructuar mit dem Willen des Eigenthümers die Früchte percipirt und sich aneignet, nehmlich vermöge des durch den Eigenthümer constituirten jus in re. Dieses dingliche Recht aber hat der Pfandgläu-

2) Noch bestrittner ist die Beweislast bei der hereditatis petitio eines Intestaterben. Genügt es, daß dieser sein verwandtschaftliches Verhältniß darthut, oder muß er beweisen, daß er der nächste Verwandte sey, und daß der Erblasser kein Testament hinterlassen habe [77])? Ganz im Allgemeinen betrachtet sind wohl entscheidende Gründe weder für das Eine noch für das Andere. Es kommt vielmehr darauf an, wie das positive Recht das Verhältniß der Intestat- und Testamentssuccession, und das der verschiedenen nach einander zur Intestatsuccession berufenen Verwandten bestimmt hat, indem sich nur hieraus ergiebt, welche Thatsachen der Klaggrund bei der hereditatis petitio intestati umfasse. Bei den Römern nahm die Testamentssuccession nicht nur den ersten Rang ein, sondern bildete auch nach allgemein herrschender Volkssitte die Regel. Dieß sprach sich insbesondere schon in der ältesten Gesetzgebung der zwölf Tafeln dadurch aus, daß die Testamentssuccession zuerst bestätigt, und die gesetzliche Erbfolge nur als eine subsidiarische für den Fall, daß der Erblasser intestatus gestorben war, angeordnet wurde [78]). Hier-

---

biger so gut wie der Usufructuar als ein eignes, vom Eigenthümer abgeleitetes Recht, er ist also Successor desselben und nicht Repräsentant. Wie könnte er auch sonst mit der actio hypothecaria gegen den Schuldner selbst auftreten? Und müßten nicht dann alle Einreden aus der Person des Schuldners, z. B. die exceptio rei judicatae aus dem nach der Verpfändung gefällten Urtheil, dem Pfandgläubiger opponirt werden können?

77) Kori a. a. O. S. 93. Note 5. S. 98. e) Gensler im Archiv für civ. Prax. Bd. 1. S. 271.

78) I. „Uti legassit“ etc. II. „Si intestato moritur“ etc. Vgl. L. 1. pr. D. si tabulae test. nullae exst. (38, 6.)

nach glaube ich, muß dieser Umstand, daß kein Testament vorhanden sey, als eine Bedingung des Intestaterbrechts angesehen werden, welche unmittelbar aus seinem Begriff und der Art und Weise seiner gesetzlichen Anordnung hervorgeht, und deshalb von dem Kläger bewiesen werden muß. In unserm heutigen Rechte aber, wo der Germanischen Sitte gemäß, die Intestatsuccession die Regel, das Testament die Ausnahme bildet, möchte es anders seyn.

Ueber das Verhältniß näherer und entfernterer Verwandten entscheidet gleichfalls das Zwölftafelgesetz, welches ja Grundlage des Römischen Erbrechts bis in die späteste Zeit geblieben ist. Es berief den nächsten Agnaten, in Ermangelung der sui heredes [79]). Das Recht eines Agnaten gründet sich also darauf, daß kein Suus da ist, und daß er der nächste Agnate ist. Beides muß er daher beweisen. Dieselbe Ansicht liegt, wie ich glaube, auch noch dem neuesten Justinianischen und unserm heutigen Recht zum Grunde. Denn das gemeine Recht giebt nicht der ganzen Familie ein Erbrecht, so daß die näheren Glieder ein stärkeres, die entfernteren ein schwächeres Recht hätten, sondern ruft die Entfernteren überhaupt nur dann zur Succession, wenn Nähere sie nicht ausschließen.

Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß das zuletzt erwähnte und durch Beispiele erläuterte Princip, nicht bloß für die Klage gilt, sondern für jedes von den Partheyen vor Gericht geltend gemachte Recht, die wahre exceptio, die Replik, Duplik u. s. w.

---

79) „Cui suus heres nec sit, agnatus proximus familiam habeto.“

Allein hierdurch ist die Beweislast noch nicht für alle denkbaren Fälle bestimmt. Wenn nehmlich der Beklagte solche Thatsachen vorbringt, aus welchen er die Nullität der Klage ableitet, und die er beweisen muß (uneigentliche Einreden) so wird diese der Kläger häufig durch ähnliche Repliken zu beseitigen suchen; d. h. er wird seinerseits wieder Thatsachen vorbringen, wodurch der nachtheilige Einfluß jener Quasi-exceptionen für sein Klagrecht aufgehoben wird. Wenn z. B. der Beklagte den Erwerb des Klägers für null erklärt wegen Impubertät seines Auctors, so wird der Kläger behaupten, die Sache sey mit der Auctoritas des Tutors auf ihn übertragen worden, oder der Minderjährige habe venia aetatis gehabt, oder die Veräußerung sey mit obervormundschaftlicher Genehmigung geschehen. Wenn der Beklagte, der mit der actio judicati belangt wird, die Nullität des Urtheils auf die Incompetenz des Richters gründet, so wird der Kläger erwiedern, Jener habe die Jurisdiction durch seine Einlassung prorogirt. Daß der Beweis solcher Repliken dem Kläger obliege, wird Niemand bezweifeln [80]). Aber aus welchem Grunde? Und wie, wenn dasselbe Verhältniß einander entgegenstehender und in ihrer Wirkung sich aufhebender faktischer Behauptungen sich noch weiter fortsetzt? Wenn der Beklagte wieder behauptet, dem Tutor, der seine Auctoritas interponirte, sey die Administration nicht anvertraut, oder wieder entzogen, der Richter, der das Decret interponirte, sey in-

---

80) Für den zuerst erwähnten Fall bestätigt dieß L. 13. §. ult. D. de Publ. act. (Gajus) Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore, lege non prohibente, se emisse. Sed et si deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisse videtur.

competent gewesen u. s. w.? Ueber solche Dupliken, wenn wir sie so nennen dürfen, werden wir gewiß dem Beklagten den Beweis auflegen. Aber auch hier fragen wir nach dem Grunde, den uns keine der früheren Theorien giebt, auch die Weberſche nicht. Denn hier wird weder ein Recht, noch eine Befreiung von einem Recht behauptet.

Der Grund liegt auch hier wieder in dem Gegensatz der Regel und Ausnahme oder der Affirmative und Negative, wie er früher bestimmt worden ist. Der Beklagte behauptet z. B. der Erwerb des Klägers sey ungültig, weil er von einem Pupillen oder Minderjährigen herrühre. Er gründet sich auf die allgemeine Rechtsregel, daß Veräußerungen der Pupillen oder Minderjährigen null sind. Der Kläger gründet die Gültigkeit seines Erwerbs auf eine Beschränkung eine Ausnahme dieser Regel, indem er Auctoritas des Tutors, venia aetatis oder ein richterliches Decret behauptet. Er affirmirt aber auch hierdurch, und der Beklagte negirt. Denn er fügt dem von dem Beklagten behaupteten Begriff, Veräußerung eines Minderjährigen, ein neues Merkmal hinzu, Veräußerung eines Minderjährigen mit Auctoritas u. s. w. welches der Beklagte bestreitet. Und ebenso in allen übrigen Fällen.

Hiermit aber ist, wie ich glaube, für alle denkbaren Fälle die Beweislast dem Princip nach bestimmt, und ich kann diese Untersuchung schließen, indem ich die gewonnenen Resultate noch einmal in einer kurzen Uebersicht zusammenstelle.

Als das allgemeinste natürliche Princip der Beweislast ergab sich durch Betrachtung nichtjuristischer Verhältnisse, die Regel, daß demjenigen, welcher bejahe, nicht

dem, der leugne, der Beweis obliege, welche freilich nur da anwendbar ist, wo die einander entgegen stehenden Behauptungen auf eine Affirmative und Negative reducirt werden können. Im Civilprozeß aber ist dieß immer der Fall, daher jene Regel hier vollkommen ausreicht. Denn der Streit der Partheyen bezieht sich immer auf Rechte, deren Daseyn der Eine behauptet, der Andre leugnet. Wer nun das Daseyn eines Rechts behauptet, affirmirt, und muß beweisen, weil der Richter ein Recht nicht eher anerkennen kann, bis ihm genügende Gründe der Ueberzeugung beigebracht sind. So muß der Kläger sein Klagrecht darthun, der Beklagte die wahren Exceptionen, jener wieder die Repliken, dieser die Dupliken u. s. w. Diese Rechte aber sind durch Fakta bedingt, über welche die Partheyen in der Regel gleichfalls streiten. Soll nun der Beweis dieser Thatsachen der einen oder der andern Parthey zugetheilt werden, so darf man sie nicht für sich betrachten, sondern in ihrer wesentlichen Beziehung auf das streitige Recht. Gehören sie zu den Bedingungen desselben, welche unmittelbar aus seinem Begriff abgeleitet sind, so muß sie derjenige beweisen, welcher jenes Recht behauptet, sie mögen übrigens an sich Affirmativen oder Negativen seyn. Denn es sind die Thatsachen, von welchen der Richter eine positive Ueberzeugung haben muß, wenn er das behauptete Recht anerkennen soll. Allein sie genügen auch um diese Ueberzeugung zu begründen, weil sie in der Regel das Daseyn des Rechts bewirken. Ueber andre Umstände, aus welchen der Gegner ausnahmsweise dessen Nichtdaseyn ableitet, muß er den Beweis übernehmen. Denn indem er ein neues in dem Begriff jenes Rechts nicht liegendes

Merkmal hinzufügt, affirmirt er. Ist dieser Beweis aber geführt, und der Erste beruft sich auf Thatsachen, wodurch jene Umstände in ihrem Einfluß auf das streitige Recht beseitigt werden, so trifft ihn nun wieder die Reihe des Beweises, und zwar aus demselben Grunde. Es entscheidet also überall der an die Spitze gestellte Grundsatz. Nur in einem Punkt mußten wir eine Präsumtion zu Hülfe nehmen, nehmlich die Vermuthung der Fortdauer eines einmal entstandenen Rechts. Dieß kann aber nicht als ein Mangel dieser Darstellungsweise betrachtet werden, da Präsumtionen von größerem oder geringerem Umfang in der Lehre vom Beweise überhaupt nicht entbehrt werden können.

Vergleichen wir diese Darstellungsweise mit den oben vorgekommnen drei Hauptttheorien, so ergiebt sich, daß sie im Resultat mit der in der neuesten Zeit von Weber vertheidigten Ansicht am meisten übereinkommt, jedoch in der Begründung davon abweicht, und indem sie die einzelnen Regeln über die Beweislast auf das allgemeine Princip: affirmanti incumbit probatio, zurückzuführen sucht, dem Ganzen mehr Zusammenhang und Evidenz giebt. Denn so lange diesem Grundsatz, welcher unmittelbar im Gefühle liegt, seine gebührende Stelle nicht angewiesen war, blieb immer noch ein Zweifel gegen die Webersche Ansicht.

Das Verhältniß dieser Darstellungsweise zu der Theorie, welche niemals den Beweis einer Negative fordert, ist schon durch das Gesagte klar. Ich erkenne die Regel: affirmanti, non neganti, incumbit probatio, als das wahrhaft entscheidende allgemeine Princip an, glaube aber daß dasselbe nicht auf die einzelnen faktischen Behauptungen der Partheyen für sich betrachtet, sondern nur auf die strei-

tigen Rechtsverhältnisse selbst anzuwenden sey, deren wesentliche Bedingungen, auch wenn sie in negativen Thatsachen bestehen, von demjenigen bewiesen werden müssen, welcher das Recht geltend macht.

Auch mit der Präsumtionstheorie trifft sie in manchen Punkten zusammen, wenn gleich sie die Bestimmung der Beweislast nicht überall auf Vermuthungen zurückführt. Nehmlich die Affirmative wird in der Regel nicht präsumirt, sondern muß bewiesen werden; daher der Richter dem keine genügenden Gründe der Ueberzeugung dafür vorgetragen werden, sie nicht anerkennt, also gegen den Producenten und für die Negative des Producten spricht. Dieß ist die allgemeine Wirkung der Beweislast. Nicht richtig aber wäre es, wenn man deshalb behauptete, die Negative werde immer präsumirt. Denn hieraus würde folgen, daß wer sein Recht auf eine Negative gründet, sie nicht zu beweisen brauche. Auf dasselbe kommt es heraus, wenn man sagt, die Ausnahme von der Regel werde nicht präsumirt, weil, wie wir gesehen haben, wer das, was als Regel aus dem Begriff eines Rechts oder Rechtsgeschäfts folget, durch eine Ausnahme beschränken will, allemal affirmirt.

Ist nun durch die hier versuchte allgemeine Begründung der Lehre von der Beweislast nicht jeder Zweifel in einzelnen Fällen gehoben, so glaube ich doch, daß dadurch ein leitendes Princip gegeben sey, welches auch im Einzelnen gute Dienste thun werde. Die meiste Schwierigkeit in der Anwendung rührt, wie es oben schon bemerkt wurde, von der Beantwortung der Frage her, welches die den Begriff eines Rechts oder Rechtsgeschäfts constituirenden Merk-

male

male oder Bedingungen seyen, wie viel demnach von demjenigen, der ein Recht behauptet, zu beweisen sey. Diese Schwierigkeit kann aber nur durch Untersuchung der rechtlichen Natur der einzelnen Verhältnisse gelöst werden, und es wäre deshalb zu wünschen, daß die Civilisten in dieser Beziehung wieder zu der älteren Weise zurückkehren, und in Behandlung einzelner Rechtsmaterien diese eigentlich praktische Seite mehr berücksichtigen möchten. So ist dies wirklich in der neuesten Zeit von Savigny für den Besitz [81]), von Thibaut für das Eigenthum geschehen [82]). Und von diesem Standpunkt aus ist es Hasse möglich geworden, in den quellenmäßigen und ächt praktischen Zusammenhang des schwierigsten Theils der Lehre von der Culpa einzudringen [83])

Zum Schluß noch zwei Anmerkungen über einige Punkte, die nur mittelbar hierhergehören, und deshalb im Obigen nur kurz berührt worden sind. Die erste betrifft den Begriff des direkten und indirekten Gegenbeweises. Ich habe nehmlich oben diese Ausdrücke in einer von der gewöhnlichen abweichenden Weise gebraucht, nicht um auf Aenderung der bisher üblichen Terminologie anzutragen, wodurch leicht Verwirrung entstehen könnte, sondern um mich über die Sache klar zu machen. Diese gewöhnliche Terminologie ist folgende [84]). Direkten Gegen-

---

81) S. die oben angeführte Stelle.

82) S. aben Note 74.

83) Die Culpa des Römischen Rechts §. 57. S. 237. folg. §. 74. S. 357. folg.

84) Vgl. hierüber und über die Ansichten der Neueren Mittermaier, im Archiv für civ. Praxis Bd. 6. No. 17. S. 342. f.

beweis nennt man z. B. in Beziehung auf die Klage, den Beweis des Beklagten, wodurch dieser die Unwahrheit der von dem Kläger als Grund seiner Klage behaupteten Thatsachen darthut. Und da dem Kläger über diese der Beweis obliegt, so pflegt man dem Beklagten jenen direkten Gegenbeweis nur freizulassen. Unter dem indirekten Gegenbeweis hingegen versteht man den Beweis des Beklagten, wodurch der faktische Klaggrund nicht seinem Daseyn nach, sondern nur in seinen rechtlichen Folgen aufgehoben werden soll. Dahin gehört denn 1) der Beweis der wahren Exceptionen im Sinne des Römischen Rechts; 2) der Thatsachen die das einmal entstandene Recht des Klägers später ipso jure zerstört haben, z. B. solutio; 3) der Beweis derjenigen Umstände, aus welchen die anfängliche Nullität des Rechts des Klägers folgt, z. B. Impubertät seines Auctors. Da man alle diese Vertheidigungsmittel des Beklagten Einreden nennt, und dem Kläger hierüber kein Beweis obliegt, so pflegt man diesen indirekten Gegenbeweis dem Beklagten nicht freizulassen, sondern aufzuerlegen.

Behält man nun auch diese Darstellungsweise bei, so ist doch Folgendes nicht zu übersehen. Gegenstand des Beweises des Klägers ist eigentlich der unmittelbare Klaggrund, das von ihm behauptete Recht, nicht der mittelbare, dessen Entstehungsgrund. Durch den Beweis dieses letztern und die Präsumtion der Fortdauer eines einmal begründeten Rechts ist jener Beweis des Rechts selbst geführt, und wenn der Beklagte dessen Nichtentstehung oder spätern Untergang vermöge anderer Thatsachen darthut, so entkräftet er hierdurch den von dem Kläger geführten Beweis. In

diesem Sinne ist es ein direkter Gegenbeweis, der ihm nicht auferlegt, sondern nur freigelassen werden müßte. Daß er neue Thatsachen vorbringt, entscheidet dagegen nicht. Denn auch der direkte Gegenbeweis im gewöhnlichen Sinne wird ja häufig durch Anführung neuer Umstände geführt, von welcher auf das Gegentheil der von dem Kläger behaupteten Thatsache geschlossen werden soll [85]). Bei den wahren Exceptionen hingegen wird das Recht des Klägers oder dessen Beweis gar nicht angefochten, sondern ein andres Recht behauptet, welches mit jenem collidirt, und es der Ausübung nach in gewissen Beziehungen beschränkt. Der Beweis dieses selbstständigen Rechts ist Pflicht des Beklagten, der es behauptet, welche freilich erst dann in Betracht kommt, wenn der Kläger sein Klagrecht bewiesen hat; daher es nicht geradezu unrichtig ist, wenn auch dieser eigentlich indirekte Gegenbeweis dem Beklagten nur freigelassen wird.

Hiernach würde genau genommen die Lehre von der Beweislast sich auf die Regel beschränken, daß der Kläger seine Klage, der Beklagte seine Einrede u. s. w. beweisen müsse, und alles Uebrige wäre Beantwortung der Frage, wodurch der vollständige Beweis dieser Rechte geführt werde, und wie er durch einen Gegenbeweis entkräftet werden könne. Doch ist in dem Obigen, der gewöhnlichen Darstellungsweise gemäß, auch diese Frage, insofern ihre Beantwortung von allgemeinen Gründen abhängt, in die Lehre von der Beweislast hereingezogen worden. Ausgeschieden und ganz

---

85) Nimmt man den Ausdruck, indirekter Gegenbeweis, wörtlich, so müßte auch dieß so genannt werden, weil es ein Gegenbeweis durch Schlußfolgerungen ist.

der Beurtheilung des Richters in einzelnen Fällen überlassen bleibt aber die Bestimmung, wann ein Faktum für bewiesen zu halten sey, und wann hierdurch ein direkter Gegenbeweis nothwendig werde.

In den Quellen werden nur die wahren Exceptionen von den andern Vertheidigungsmitteln sehr bestimmt getrennt, die übrigen Gegensätze aber nicht unterschieden. So fordert dieselbe Stelle [86]) den Beweis der Zahlung vom Schuldner, und vom Erben den Beweis, daß der Testirer die zweimal demselben legirte Summe nur einmal habe legiren wollen; offenbar aus demselben Grunde, weil in beiden Fällen der Kläger genug bewiesen, um die Anerkennung seines Rechts vom Richter zu erlangen.

Aber auch die Neuern unterscheiden im Einzelnen die verschiedenen Arten des Gegenbeweises nicht immer richtig. So sagt man gewöhnlich, der Beklagte welcher aus einem Contract belangt wird, und ihn wegen eines wesentlichen Irrthums für ungültig erklärt, schütze eine Einrede vor, und müsse deshalb beweisen [87]). In der That aber ist der Beweis des Irrthums ein direkter Gegenbeweis im ge-

---

86) L. 12. D. de probat. (Celsus) Quingenta testamento tibi legata sunt; item scriptum est in codicillis postea scriptis: refert, duplicare legatum voluerit, an repetere, et oblitus se in testamento legasse, id fecerit: ab utro ergo probatio ejus rei exigenda est? Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit: sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur: nam si creditum petam, ille respondeat solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est. Et hic igitur, cum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inamen esse, ipse heres id adprobare judici debet. Vgl. L. 34. §. 3. D. de legat. I.

87) Gesterding im Archiv für civ. Prax. Bd. 2. S. 224.

wöhnlichen Sinne. Das Faktum nehmlich, worauf der Kläger sein Recht gründet, ist der Vertrag, wozu vor Allem der Consens der Partheyen gehört. Der Irrthum aber schließt den Consens aus. Indem der Beklagte sich darauf beruft, behauptet er also das direkte Gegentheil der vom Kläger angeführten Thatsache, und muß nur deshalb beweisen, weil der Kläger durch den Beweis der übereinstimmenden Willenserklärung genug bewiesen hat, indem hieraus in der Regel der wirkliche Consens der Partheyen gefolgert werden kann. Zwang und Betrug hingegen begründen bekanntlich wahre Exceptionen gegen die der Strenge nach begründete Klage, deren Beweis nach der allgemeinsten Regel über Beweislast dem Beklagten obliegt.

Die zweite Anmerkung betrifft, das Wesen der wahren Exceptionen im Gegensatz derjenigen Thatsachen, woraus der Beklagte die Nullität des Klagrechts ableitet. Die exceptio im Sinne des Römischen Rechts ist ein selbstständiges Recht des Beklagten, welches das Recht des Klägers in seiner Ausübung beschränkt, die wirklich begründete Klage ausschließt, dem Beklagten die Befugniß giebt, den Kläger in dieser Beziehung zu behandeln, als wenn er jenes Recht nicht hätte. Jene Thatsachen hingegen geben dem Beklagten kein Recht, sondern haben das absolute Nichtdaseyn des vom Kläger behaupteten Rechts zur Folge. So klar und sicher dieser Gegensatz ist, so kann doch nicht geleugnet werden, daß eine innere Verwandtschaft diese verschiedenen Vertheidigungsmittel des Beklagten wieder verbinde, woraus zum Theil ihre so häufige Verwechselung zu erklären ist. Beide nehmlich ruhen auf dem Gegensatz der Regel und Ausnahme. In welchem

Sinne dieß von den Quasiexceptionen des Beklagten gesagt werden könne, ist oben vorgekommen. Für die wahre Einrede ergiebt es schon ihr Nahme, und die Fassung in der Formula mit nisi z. B. bei der exceptio pacti: nisi convenit, ne ea pecunia peteretur, und dieß stimmt mit ihrem Wesen überein. Sie ist ja nichts andres als eine Beschränkung der Sphäre des Rechts, welche aus seinem Begriff folgt. So ist z. B. das Eigenthum seinem Begriff nach das unbeschränkte Recht über eine Sache. Daher der Eigenthümer die Regel für sich hat, und den Umfang seines Rechts nicht zu beweisen braucht. Die Berufung auf ein jus in re, eine Beschränkung des Eigenthums, bildet eine Ausnahme von jener Regel, eine wahre exceptio, und muß von dem bewiesen werden, der sie geltend macht. Der Unterschied ist nur der, daß vermöge jener Quasiexceptionen die ausnahmsweise Nullität des Klagrechts seinem wirklichen Daseyn nach behauptet, durch die wahren Exceptionen nur die ausnahmsweise Beschränkung desselben, seiner Wirksamkeit nach, vermöge einer Fiktion begründet wird. Hieraus erklärt es sich auch, weshalb die exceptio nicht bloß dem Prätor als Mittel diente, die das strenge Recht modificirenden Principien der Aequitas zu schützen, sondern auch in der Regel die Form war, unter welcher Gesetze und andere Quellen des Civilrechts früher anerkannte Rechte oder Rechtsgeschäfte mit Beibehaltung ihres Begriffs theilweise beschränkten. In der That war dieß der natürlichste und für die Anwendung sicherste Weg, weil hierdurch zugleich das Verhältniß dieser neuen Bedingung des Rechts zu den ursprünglichen Bedingungen desselben, und die Beweislast bestimmt war. Nur

selten wurde in solchen Fällen die Nullität ipso jure vorgeschrieben oder aus den Gesetzesworten gefolgert, wie z. B. bei der lex Falcidia, wo denn leicht, wie es sich oben gezeigt hat, Zweifel über die Beweislast entstehen konnte.

Aus demselben Grunde ist es zu erklären, daß die Römischen Juristen in einigen Fällen eine exceptio nur deshalb anzunehmen scheinen, weil dem Beklagten der Beweis obliegt. So z. B. bei der Klage gegen Schiffer und Wirthe, welche, wenn wir nur auf ihre rechtliche Natur sehen, sich doch nur auf Dolus oder Culpa gründet, da der Casus auch hier vom Ersatz befreit. Allein der Klaggrund ist nur das receptum, die Berufung auf Casus ist Einrede des Beklagten, weil dessen Culpa präsumirt wird, oder weil ausnahmsweise nicht die Culpa vom Kläger, sondern der Casus vom Beklagten bewiesen werden muß. In demselben Sinne ist von Hasse [88]) die Berufung auf negligentia consueta bei den Klagen, die sich im Allgemeinen auf Culpa gründen, mit Recht eine Einrede des Beklagten genannt worden. Ebenso könnte vielleicht die Berufung auf Nothwehr bei der actio legis Aquiliae eine exceptio genannt worden, weil die Regel: qui jure suo utitur, nemini facit injuriam, nur eine Beschränkung des Begriffs des damnum injuria datum bildet, dessen positive Merkmale nicht hieraus abgeleitet, sondern auf einem ganz andern Wege gefunden werden müssen.

---

88) a. a. O. S. 238.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Gedruckt bei A. W. Schade in Berlin.

Druckfehler und Berichtigungen.

S. 14. Z. 5. v. u. ſtatt petitur lies petetur.
„ 16. „ 1. „ ſt. 40. l. 47.
„ 41. „ 11. v. o. ſt. ſeiner l. ihrer.
„ 45. „ 13. v. u. ſt. Papir. l. Papin.
„ 52. „ 15. „ ſt. judex pedaneus l. Privatrichter.
„ 178. „ 14. v. o. ſt. noch l. nach.
„ 192. „ 8. v. u. ſt. Quod l. Quid.
„ 299. „ 7. v. o. ſt. kann l. kam.
„ 300. „ 8. v. u. ſt. welche l. welchen.

J. Strobl, Buchbinderei,
München, Aventinstr. 12|1.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Bethmann-Hollweg, Moritz August von,

Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses

Berlin ; Stettin 1827
J.pract. 22 la
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10553835-6